

Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ERNST ZELLER
von Sigriswil BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

1901

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TREU UND GLAUBEN
und
RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT

Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ERNST ZELLER
von Sigriswil BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Vorwort

Für die intensive Betreuung während des Entstehens dieser Arbeit spreche ich Herrn *Prof. Dr. A. Meier-Hayoz* meinen tiefen Dank aus. Seine gedankliche Anteilnahme, sein Interesse und seine Bereitschaft zu oftmaligen und eingehenden Gesprächen waren grosse Hilfe und menschliche Erfahrung zugleich.

Die Druckfahnen seiner Habilitationsschrift stellte mir Herr PD Dr. E. Ott frühzeitig zur Verfügung; dafür bin ich ihm sehr dankbar.

All denen, die mir persönliche Unterstützung entgegenbrachten, sei an dieser Stelle Dank gesagt.

Anlass zu dieser Arbeit bildete die Entfaltung solch allgemeiner Bestimmungen wie Art. 4 BV oder Art. 2 ZGB in einer über die Jahrzehnte betrachtet bemerkenswerten Fülle von Judikatur. Daraus entsprang der Gedanke, Rechtsprinzipien und die Methode ihrer Anwendung im allgemeinen und auf dieser Basis Art. 2 ZGB im besonderen näher zu betrachten. Der Gegenstand des Vorhabens geht aus den Einleitungen zum allgemeinen und zum besonderen Teil hervor.

Uitikon, den 12. Februar 1981

Ernst Zeller

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXVIII

ALLGEMEINER TEIL

Theoretische Fundierungen 1

Einleitung 3

1. Abschnitt: Von den Prinzipien des Rechts 5

1. Kapitel: Prinzipien des Rechts und ihre Arten 7

§ 1 Charakteristika von Prinzipien des Rechts 7

§ 2 Arten von Prinzipien des Rechts 27

2. Kapitel: Prinzipien des Rechts als Teile der Rechtsordnung 49

§ 3 Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts 49

§ 4 Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung von Prinzipien des Rechts 84

§ 5 Prinzipien im System des Rechts 95

2. Abschnitt: Von der Konkretisierung als geistiger Tätigkeit 101

3. Kapitel: Zur Konkretisierung im allgemeinen 103

§ 6 Einleitung: Die Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung 103

§ 7 Zur Konkretisierung als Vorgang innerhalb des Spannungsfeldes des Gegensatzpaares von "abstrakt" und "konkret" 106

4. Kapitel: Zur Konkretisierung von Prinzipien des Rechts 121

§ 8 Die möglichen Denkformen bei der Konkretisierung von Rechtsprinzipien 121

§ 9 Die Durchgangsfunktion von Prinzipien des Rechts als Folge ihrer Eigenheit der Konkretisierung 129

3. Abschnitt: Hauptergebnisse aus den theoretischen Fundierungen im Überblick 133

5. Kapitel: Bilanz der Ausführungen über Rechtsprinzipien und ihre Konkretisierungsformen 135

§ 10 Hinweis auf Zwischenbilanzen 135

Inhaltsübersicht

§ 11	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zu den Prinzipien des Rechts	136
§ 12	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zur Konkretisierung von Prinzipien des Rechts	138

BESONDERER TEIL

Der Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und die zugehörigen Konkretisierungsformen

Einleitung		143
1. Abschnitt: Historische Ursprünge und Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot		145
1. Kapitel: Prolog: Zu den historischen Ursprüngen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot; ihre Grundgedanken		147
§ 13 Zur Herkunft der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen und ihrem Grundgedanken		147
§ 14 Zur Herkunft der heute mit dem Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen und ihrem Grundgedanken		160
§ 15 Folgerungen aus einer Gegenüberstellung der historischen Ursprünge der heute mit Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen		169
2. Kapitel: Die Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot		173
§ 16 Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzipien des Rechts		173
§ 17 Folgerungen aus der Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot		199
2. Abschnitt: Der Gehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben und die zugehörige Konkretisierungsform		207
3. Kapitel: Der Prinzipiengehalt von Art. 2 Abs. 1 ZGB		209
§ 18 Analyse der prinzipiellen Aussage des Gebotes von Treu und Glauben		209
§ 19 Abschliessende Inhaltsbestimmung des Gebotes von Treu und Glauben		251
4. Kapitel: Die Treu und Glauben zugehörige Konkretisierungsform und die Anwendbarkeit des Prinzips		267
§ 20 Die Konkretisierungsform von Treu und Glauben		267
§ 21 Die Anwendbarkeit von Treu und Glauben		301
§ 22 Anhang: Tabellarischer Überblick zum Prinzip von Treu und Glauben und seiner zugehörigen Konkretisierungsform der Spezifizierung		307

Inhaltsübersicht

3. Abschnitt: Der Gehalt des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes und die zugehörige Konkretisierungsform	311
5. Kapitel: Der Prinzipiengehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB	313
§ 23 Analyse der prinzipiellen Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes	313
§ 24 Abschliessende Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes	355
6. Kapitel: Die dem Rechtsmissbrauchsverbot zugehörige Konkretisierungsform und die Anwendbarkeit des Prinzips	368
§ 25 Die Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes	368
§ 26 Die Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes	397
§ 27 Anhang: Tabellarischer Überblick zum Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot und seiner zugehörigen Konkretisierungsform der Individualisierung	403
4. Abschnitt: Hauptergebnisse aus der Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB und der zugehörigen Konkretisierungsformen	407
7. Kapitel: Bilanz der Ausführungen über Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot und ihre Konkretisierung	409
§ 28 Historisches und Grundsatzqualität; Hinweise auf Zwischenbilanzen	409
§ 29 Der Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und die zugehörigen Konkretisierungsformen	411
§ 30 Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zu Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	416
Sachregister	419

Inhaltsverzeichnis

ALLGEMEINER TEIL

Theoretische Fundierungen 1

Einleitung	3
1. Abschnitt: Von den Prinzipien des Rechts	5
1. Kapitel: Prinzipien des Rechts und ihre Arten	7
§ 1 Charakteristika von Prinzipien des Rechts	7
I. Vorbemerkungen	7
II. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber dem Rechtssatz	8
III. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber allgemeinsten Gedanken und allgemeinen Rechtsgedanken	10
A. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung	10
B. Die Abgrenzung im einzelnen	11
1. Von allgemeinsten Gedanken schlechthin	11
2. Die Eigenheit allgemeiner Rechtsgedanken	11
3. Von allgemeinsten Rechtsgedanken	13
IV. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber blossen Postulaten (und gegenüber noch politisch zu entscheidenden Fragen im besonderen)	14
A. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung	14
B. Die Abgrenzung im einzelnen	15
1. Von blossen Postulaten	15
2. Von Grundsätzen gesellschaftlicher Gruppen oder Prinzipien von Einzelpersonen	15
3. Von noch politisch zu entscheidenden Fragen	16
V. Die besondere Allgemeinheitsstufe von Rechtsprinzipien	17
A. Vorbemerkungen	17
B. Die Anerkanntheit als eine Form der Allgemeinheit	18
1. Das zugrundeliegende Allgemeinheitskriterium	18
2. Die Anerkanntheit als Kriterium der Allgemeinheit im Bereich des Rechts	18
3. Die Anerkanntheit als Kriterium der besonderen Allgemeinheitsstufe von Rechtsgrundsätzen	19
a) Das Ungenügen als alleiniges Kriterium	19
b) Anhang: Zu den möglichen Trägern der breiten Anerkennung von Rechtsprinzipien (und allgemeinen Rechtsgedanken)	19
c) Folgerung bezüglich der Allgemeinheit von Prinzipien	20
C. Die inhaltliche Kohärenz der Rechtsprinzipien als Ursache der Besonderheit ihrer Allgemeinheitsstufe	20
1. Die inhaltliche Kohärenz der Rechtsprinzipien	20
2. Inhaltliche Kohärenz und besondere Allgemeinheitsstufe der Rechtsprinzipien	21

Inhaltsverzeichnis

D.	Abstrahierung und Konkretisierung als Denkopoperationen im Zusammenhang mit Rechtsgrundsätzen	22
1.	Einleitende Bemerkungen	22
2.	Ein etymologischer Ausflug	23
a)	Zur Abstraktion	23
b)	Zur Konkretion	23
c)	Folgerung: Mangelnde Präzision beider Ausdrücke	24
3.	Abstrahierung und Konkretisierung bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen	24
E.	Der Begriff des Prinzips	25
VI.	Resultate: Das Charakteristische am Gesprächsgegenstand "Rechtsgrundsatz"	26
§ 2	Arten von Prinzipien des Rechts	27
I.	Vorbemerkungen	27
A.	Allgemeines	27
B.	Zur Mannigfaltigkeit der möglichen Einteilungskriterien für Prinzipien des Rechts	27
II.	Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach der rechtstechnischen Stufe	28
III.	Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach rechtlich erheblichen Sachbereichen	29
A.	Umschreibung des Einteilungskriteriums	29
1.	Allgemeines	29
2.	Die Einteilung in öffentliches und privates Recht im besonderen	29
B.	Würdigung des Einteilungskriteriums	30
1.	Grosse Bedeutung im allgemeinen	30
2.	Gefahren der Ausdehnung über den angestammten Sachbereich hinaus	31
a)	Im allgemeinen	31
b)	Bei der Übertragung von Prinzipien des Zivilrechts auf das öffentliche Recht im besonderen	31
IV.	Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach ihrem Erkenntnisgrund	32
A.	Einleitende Bemerkungen	32
B.	Vorgegebene Prinzipien (Axiomatische Prinzipien)	32
1.	Allgemeines	32
2.	Der Anknüpfungspunkt des Vorgegebenseins	33
3.	Folgerungen und Beispiele	34
a)	Folgerungen	34
b)	Beispiele	35
C.	In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien (Normative Prinzipien, Rechtsprinzipien im materiellen Sinne)	37
1.	Der Anknüpfungspunkt des Enthaltenseins	37
2.	Ausdrücklich positivierte Prinzipien	37
3.	Der "ratio legis" teilhaftige Prinzipien	38
4.	Abschliessende Bemerkungen zu den in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien	39
a)	Im allgemeinen	39
b)	Die Einführung des Begriffes der Generalklausel im besonderen	39
D.	Gegenüberstellung von vorgegebenen und in der Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien	40

Inhaltsverzeichnis

1. Begrenzung des Unterschiedes auf den Erkenntnisgrund	40
2. Zur Möglichkeit von Übergangsphasen	40
E. Die restlichen Prinzipien (Von Lehre und Rechtsprechung erarbeitete Prinzipien, dogmatische Prinzipien, doktrinaire Prinzipien, Erkenntnis- und Arbeitsprinzipien der Jurisprudenz)	41
1. Allgemeines	41
2. Zu den Erkenntnisprinzipien	41
3. Zu den Arbeitsprinzipien	42
4. Abschliessende Bemerkungen	42
F. Gegenüberstellung von vorgegebenen oder in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien und von Lehre oder Rechtsprechung erarbeiteten (restlichen) Prinzipien	43
V. Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach dem Grad ihres ethischen Gehaltes	44
A. Einleitende Bemerkungen; Umschreibung des Einteilungskriteriums	44
B. Prinzipien ohne irgendwelchen eigenen ethischen Gehalt	45
C. Prinzipien mit gewissen ethischen Niederschlägen	45
D. Prinzipien mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt	46
VI. Keine Ausschl�sslichkeit eines der Einteilungskriterien für Prinzipien des Rechts	47
VII. Resultate: Verschiedenste Arten von Prinzipien sind möglich	48
2. Kapitel: Prinzipien des Rechts als Teile der Rechtsordnung	49
§ 3 Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts	49
I. Vorbemerkungen	49
II. Recht, Ordnung und Regelbildung	49
A. Recht als <i>Rechtsordnung</i>	49
B. Ordnung als <i>Rechtsordnung</i>	50
1. Allgemeines	50
2. Die konstitutiven Elemente der Rechtsordnung	51
3. Zum Ordnungselement im besonderen	51
C. Rechtsordnung und Regelbildung	52
III. Das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse und sein Eingehen in die Regel des Rechts	53
A. Das "Wesen" der zu ordnenden Verhältnisse	53
1. Die phänomenologische Betrachtung als Ausgangspunkt	53
a) Allgemeines	53
b) Die Wesensanschauung	53
2. Das erkannte Wesen der zu ordnenden Verhältnisse als Vorgegebenes (die sog. Natur der Sache)	54
B. Regelbildung und Wesen der zu ordnenden Verhältnisse	55
1. Immanente Eigengesetzlichkeiten und Regelbildung	55
2. Folgerung: Recht ist Regelbildung	56
C. Die weitere Analyse des Regelbildungsvorganges	56
1. Regelbildung als Formulierung von Gattungs- und Artmodellen	56
2. Die Regel als Erfassung des Durchschnittsfalles	58
3. Die der Regelbildung entsprechenden geistigen Tätigkeiten des Denkens	58
4. Anhang: Erfahrungssätze und Regelbildung	59
a) Im allgemeinen	59
b) Zu den sog. "standards" im besonderen	60

Inhaltsverzeichnis

IV.	Die Nichtberücksichtigung des originär Individuellen in der Rechtsregel	61
	A. Rekapitulation der Besonderheiten der Regelbildung	61
	B. Rechtsregel und original individuelles Geschehen	62
V.	Regelbildung und Prinzipien des Rechts	62
	A. Regelbildung als Tendenz jeglichen Rechts	62
	B. Regelbildung als Tendenz auch bei Prinzipien des Rechts	63
	1. Die Rechtsqualität von Prinzipien und die Regelbildung	63
	2. Die Besonderheit der Konkretisierung im Zusammenhang mit der Eigenschaft der Regelbildung	64
VI.	Ethische Gehalte prinzipieller Art und Regelbildung im besonderen	65
	A. Einleitende Bemerkungen	65
	B. Das Eindringen ethischer Massstäbe ins Recht über Standards prinzipieller Art und die Regelbildung des Rechts	66
	1. Die Objektivierung ethischer Aussagen	66
	2. Ethische Prinzipien und Regelbildung	66
	C. Anhang: Folgerungen für das Verhältnis von Recht und Ethos; Gebots- und Verbotsform ethischer Prinzipien	67
	1. Zum Verhältnis von Recht und Ethos	67
	2. Gebots- und Verbotsform ethischer Prinzipien	68
VII.	Zur Denkbarkeit von Prinzipien der Regelmodifikation und der Regeldurchbrechung	70
	A. Die Notwendigkeit von Möglichkeiten der Regelmodifikation im allgemeinen	70
	1. Die Verselbständigung des Regelrechts	70
	2. Das Ungenügen ausschliesslich regelhaften Ordnungsverständnisses	71
	B. Einige denkbare Mechanismen der Regelmodifikation	72
	1. Tatsächliches menschliches Verhalten	72
	2. Die Änderung der Regel durch die erlassende Instanz	72
	3. Korrekturen bei der Rechtsanwendung im allgemeinen	73
	a) Die Betrachtung des Einzelfalles bei der Rechtsanwendung	73
	b) Die Bedeutung freierer Auslegung bei der Rechtsanwendung	74
	c) Die Bedeutung einer veränderten Interpretation	74
	d) Die Bedeutung der Lückenfüllung (ausgenommen den Verweis auf Billigkeit)	75
	e) Die ausdrückliche Verpflichtung zur Regelbildung in Art. 1 Abs. 2 ZGB	76
	4. Das weitere Vorgehen	76
	C. Eigentliche Korrekturprinzipien der Rechtsordnung	77
	1. Allgemeines; die grundsätzlichen Möglichkeiten	77
	a) Regelmodifikation und Regeldurchbrechung als denkbare Prinzipien	77
	b) Das Abgehen von der Betrachtung nach Gattungsallgemeinheit und Artbesonderem als mögliches Mittel von Modifikation oder Durchbrechung geltender Regeln	77
	c) Der Verzicht auf Regelbildung als mögliche Folge bei Korrekturprinzipien des geltenden Rechts	77
	2. Ein Beispiel: Das sog. Billigkeitsprinzip	78
	a) Das Abgehen von der Betrachtung nach Gattungs- oder Artmodellen	78

Inhaltsverzeichnis

	b) Kein absoluter Verzicht auf Regelbildung	79
	c) Billigkeit als Prinzip der Regelmodifikation	80
	3. Folgerungen für ein Korrekturprinzip der Regeldurchbrechung	81
VIII.	Resultate: Das Verhältnis von Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts	82
§ 4	Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung von Prinzipien des Rechts	84
I.	Vorbemerkungen	84
II.	Die relativ geringe Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung zur Erkenntnis von Rechtsprinzipien an sich	84
	A. Im allgemeinen	84
	B. Bei vorgegebenen Prinzipien im besonderen	85
	C. Beispiele zur Selbständigkeit des Erkenntnisaktes	86
	1. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei Grundrechtseingriffen	86
	2. Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss	86
	D. Schlussbemerkung	87
III.	Das Genügen der Positivierung als Erkenntnisgrund für Rechtsprinzipien	88
IV.	Grosse Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung von Rechtsprinzipien für ihr Gewicht als Hilfsmittel der Rechtsfindung	88
V.	Überragende Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung von Rechtsprinzipien für ihre Justiziabilität	89
	A. Allgemeines zur Justiziabilität von Rechtsprinzipien	89
	1. Bei nicht ausdrücklich positivierten Prinzipien	89
	2. Bei ausdrücklich positivierten Prinzipien	90
	B. Folgerung: Seltenheit selbständiger Justiziabilität von Rechtsprinzipien im besonderen	90
VI.	Anhang: Allgemeines zur Anwendbarkeit von Rechtsprinzipien	91
	A. Keine direkte Anwendbarkeit	91
	1. Allgemeines	91
	2. Zur Änderung indirekter Anwendungen im besonderen	92
	B. Normalerweise keine selbständige Anwendbarkeit	92
	1. Die unselbständige Bedeutung als Hilfsmittel von Auslegung und Lückenfüllung	92
	2. Die normalerweise fehlende selbständige Justiziabilität	93
	C. Folgerung: Der Normalfall der Anwendung von Prinzipien	93
VII.	Resultate	94
§ 5	Prinzipien im System des Rechts	95
I.	Einleitung	95
	A. Vorbemerkungen	95
	B. Einige wesentliche Eigenheiten des Systemgedankens	95
	1. Voraussetzung	95
	2. Phänomenologische Betrachtung	95
	3. Notwendigkeit	96
	4. Aufgabe	96
	5. Elemente des erarbeiteten Systems	96
	6. Zusammenspiel der Ergänzung und Beschränkung	96
	7. Offenheit	97
	8. Wertharmonie	97
II.	Die Offenheit des Systems und Rechtsprinzipien im besonderen	97

Inhaltsverzeichnis

	A. Allgemeines	97
	B. Neue Anwendungsfälle von Prinzipien und das System	98
III.	Das Zusammenspiel der Prinzipien im System im besonderen	98
	A. Allgemeines	98
	B. Das Zusammenspiel der Rechtsprinzipien	98
IV.	Folgerung: Ablehnung eines oder mehrerer "Superprinzipien"	100
V.	Resultate	100
2. Abschnitt:	Von der Konkretisierung als geistiger Tätigkeit	101
3. Kapitel:	Zur Konkretisierung im allgemeinen	103
§ 6	Einleitung: Die Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung	103
I.	Die besondere Allgemeinheitsstufe von Rechtsprinzipien	103
II.	Die "Eigenheit" des Vorganges der Konkretisierung	104
III.	Resultat: Notwendigkeit genauerer Untersuchung des Vorganges der Konkretisierung im allgemeinen	105
§ 7	Zur Konkretisierung als Vorgang innerhalb des Spannungsfeldes des Gegensatzpaares von "abstrakt" und "konkret"	106
I.	Vorbemerkungen	106
II.	Konkretisierung als Entfaltung im und zum Wirklichen	107
	A. Der zugrundeliegende Gegensatz	107
	B. Anwendungen dieses Gegensatzes	107
	1. Allgemeine Bemerkungen	107
	2. Vorgegebenes und allgemeine Rechtsgedanken im Lichte dieses Gegensatzes	108
	C. Der entscheidende Mangel dieses Konkretisierungsverständnisses	108
III.	Konkretisierung als Veranschaulichung	109
	A. Der zugrundeliegende Gegensatz	109
	B. Die Forderung nach Anschaulichkeit des Rechts	109
IV.	Konkretisierung als Bestimmung	110
V.	Konkretisierung als Vereinzelung	110
	A. Der zugrundeliegende Gegensatz	110
	1. Einzelnes und Vielheit	110
	2. Würdigung der Vorgänge zwischen Einzahl und Vielzahl	111
	B. Vereinzelung und Rechtsanwendung	111
VI.	Konkretisierung als Verbesonderung	112
	A. Der zugrundeliegende Gegensatz	112
	1. Das Abstellen auf Eigenschaften als massgebliches Unterscheidungskriterium	112
	2. Gattungsgemeines und Artspezifisches	112
	B. Konkretisierung als Vorgang im Spannungsfeld von Gattungsallgemeinheit und Artbesonderem im Recht	113
	1. Vorbemerkungen	113
	2. Gattungs- und Artbegriffe	114
	a) Allgemeines	114
	b) Exkurs: Konkret-allgemeiner Begriff und Arttypus	114
	3. Sog. "objektivierte" Begriffe	115
	4. Der Satz "lex specialis derogat legi generali"	116
	5. Recht und Regelbildung	116
	C. Würdigung der Bedeutung des Gegensatzpaares	117

Inhaltsverzeichnis

VII.	Konkretisierung als Individualisierung	118
A.	Der zugrundeliegende Gegensatz	118
B.	Das Individuelle im Recht	119
VIII.	Resultate	120
4. Kapitel:	Zur Konkretisierung von Prinzipien des Rechts	121
§ 8	Die möglichen Denkformen bei der Konkretisierung von Rechtsprinzipien	121
I.	Einleitende Bemerkungen	121
II.	Der Normalfall: Die Spezifizierung als Konkretisierungsform für Prinzipien des Rechts	122
A.	Rechtsprinzipien und Regelhaftigkeit des Rechts	122
1.	Die allgemeine Vermutung zugunsten der Spezifikation	122
2.	Bei ethischen Prinzipien und Generalklauseln im besonderen	122
B.	Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist normalerweise Spezifizierung	123
III.	Sonderfälle: Korrekturprinzipien und die Konkretisierungsform der Individualisierung	124
A.	Rekapitulierende Bemerkungen zu den Korrekturprinzipien	124
B.	Die geistige Tätigkeit der Individualisierung bei der Konkretisierung von Korrekturprinzipien	124
1.	Das Abstellen auf das Einzigartige bei Korrekturprinzipien	124
2.	Anhang: Kein allgemeiner Verzicht auf Regelbildung	125
a)	Ursache der Ungewissheit	125
b)	Die Lösung der Ungewissheit beim Billigkeitsprinzip als Beispiel	126
c)	Das verbleibende Minimum bei Verzicht auf Regelbildung	127
IV.	Resultat: Die Erkenntnis des zugehörigen Konkretisierungsvorganges als abhängige Variable von der Erkenntnis des jeweiligen Rechtsprinzips	128
§ 9	Die Durchgangsfunktion von Prinzipien des Rechts als Folge ihrer Eigenheit der Konkretisierung	129
I.	Einleitung	129
II.	Unabhängigkeit der Durchgangsfunktion von der Zulässigkeit der Regelbildung bei der Konkretisierung selbst	129
1.	Im Normalfall	129
2.	In selteneren Fällen	130
3.	In sehr seltenen Fällen	130
4.	Zusammenfassend	130
III.	Resultat: Durchgangsfunktion jedes Prinzips	131
3. Abschnitt:	Hauptergebnisse aus den theoretischen Fundierungen im Überblick	133
5. Kapitel:	Bilanz der Ausführungen über Rechtsprinzipien und ihre Konkretisierungsformen	135
§ 10	Hinweis auf Zwischenbilanzen	135
§ 11	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zu den Prinzipien des Rechts	136
§ 12	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zur Konkretisierung von Prinzipien des Rechts	138

BESONDERER TEIL

**Der Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB
und die zugehörigen Konkretisierungsformen** 141

Einleitung	143
1. Abschnitt: Historische Ursprünge und Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	145
1. Kapitel: Prolog: Zu den historischen Ursprüngen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot; ihre Grundgedanken	147
§ 13 Zur Herkunft der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen und ihrem Grundgedanken	147
I. Vorbemerkungen	147
A. Allgemeines	147
B. Die besonders beleuchteten Aspekte	148
II. Treu und Glauben im Vertragsrecht	148
A. Die "bona fides" im römischen Vertragsrecht	148
1. Als neu zugelassene Verpflichtungsgrundlage	148
2. Als Massstab der Verpflichtung	148
3. Die Entwicklung der bona fides im gemeinen Recht	150
B. Der Treuegedanke im germanischen Vertragsrecht	150
C. Schlussbemerkungen	151
III. Treu und Glauben als Gebot der schonenden Rechtsausübung im Sachenrecht	151
A. Die Anfänge im (Grund-)Dienstbarkeitsrecht	151
1. Die unerlässliche Voraussetzung des Gebotes	151
2. Das "civiliter uti" im römischen Recht	152
B. Die Weiterentwicklung über das Sachenrecht hinaus	153
1. Die Verallgemeinerungsfähigkeit des Gebotes	153
2. Einige Hinweise zur späteren Verallgemeinerung	153
C. Schlussbemerkung	154
IV. Das gleichbleibende gemeinsame Element: Die Vorstellung von Treu und Glauben	154
A. Einleitende Bemerkungen	154
1. Der Ausgangspunkt im heutigen Verständnis von Treu und Glauben	154
2. Der weitere Weg zum Grundgedanken von Treu und Glauben	155
B. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der vertrags- und der sachenrechtlichen Herkunft des heutigen Verständnisses von Treu und Glauben; der Grundgedanke	156
1. Die Hauptunterschiede der beiden Entwicklungslinien	156
2. Die wichtigsten Gemeinsamkeiten der beiden Entwicklungslinien	156
a) Keine sprachlichen Übereinstimmungen mit der Wortgruppe "Treu und Glauben"	156
b) Das gleichbleibende und gemeinsame gedankliche Element; der Grundgedanke von Treu und Glauben	158
V. Resultate	159

Inhaltsverzeichnis

§ 14	Zur Herkunft der heute mit dem Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen und ihrem Grundgedanken	160
I.	Vorbemerkungen	160
A.	Allgemeines	160
B.	Die besonders beleuchteten Aspekte	161
II.	Zu den Gedanken vom Rechtsmissbrauch im römischen Recht	161
A.	Eine kurze Bestandesaufnahme	161
1.	Der zögernde und fallweise Beginn	161
2.	Die Erweiterung zum allgemeinen Verbot	162
B.	Der Grundgedanke römischrechtlicher Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch	162
III.	Zu den Gedanken vom Rechtsmissbrauch im Mittelalter und in der späteren Entwicklung	163
A.	Die mittelalterliche Entwicklung	163
1.	Eine kurze Bestandesaufnahme	163
2.	Der Grundgedanke mittelalterlicher Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch	164
B.	Die spätere Entwicklung	164
1.	Eine kurze Bestandesaufnahme	164
a)	Gesetzliche Fixierungen des Schikaneverbotes	164
b)	Die Vorstellung vom Schikaneverbot in älteren schweizerischen Gerichtsurteilen	165
2.	Der Grundgedanke der späteren Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch	166
IV.	Das gleichbleibende gemeinsame Element in der Entwicklung des Rechtsmissbrauchsverbotes	167
V.	Resultate: Kein Durchbruch zum eigentlichen Grundgedanken des Rechtsmissbrauchsverbotes in den historischen Entwicklungsabläufen	168
§ 15	Folgerungen aus einer Gegenüberstellung der historischen Ursprünge der heute mit Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen	169
I.	Vorbemerkungen	169
II.	Gegenüberstellung der geschichtlichen Entwicklungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	169
A.	Rekapitulation des gemeinsamen Ausgangspunktes	169
B.	Die Hauptergebnisse des historischen Rückblicks auf die Vorstellungen von Treu und Glauben	170
C.	Die Hauptergebnisse des historischen Rückblicks auf die Vorstellungen vom Rechtsmissbrauchsverbot	170
III.	Folgerung aus der Gegenüberstellung der historischen Entwicklungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	171
A.	Der Stand des gegenseitigen Verhältnisses auf der Basis des historischen Rückblickes	171
B.	Folgerung: Der historische Rückblick als Indiz für grundlegende Verschiedenheit der beiden Absätze von Art. 2 ZGB	171
IV.	Resultate	172
2. Kapitel:	Die Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	173
§ 16	Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzipien des Rechts	173
I.	Vorbemerkungen	173

Inhaltsverzeichnis

A.	Allgemeines	173
B.	Das weitere Vorgehen	175
II.	Die Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB	175
A.	Die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB	175
1.	Treu und Glauben als rechtliche Aussage	175
2.	Die verallgemeinerte Formulierung dieser Aussage	176
B.	Die breite Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB	177
1.	Einleitende Bemerkungen	177
2.	Die Anerkennung von Treu und Glauben im Gesetz	177
3.	Die Anerkennung von Treu und Glauben im Gewohnheitsrecht	177
4.	Die Anerkennung von Treu und Glauben in der Lehre	178
5.	Die Anerkennung von Treu und Glauben in der Rechtsprechung	178
a)	Die Anerkennung als Kriterium der Grundsatzqualität in der Rechtsprechung im allgemeinen	178
b)	Die Anerkennung von Treu und Glauben in der Judikatur	179
6.	Abschliessende Bemerkungen	179
C.	Die Kombination von Abstraktheit und Konkretisierung hinsichtlich der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB	180
1.	Einleitende Bemerkungen	180
2.	Die Abstraktheit der Aussage von Treu und Glauben	180
3.	Die Koppelung der Abstraktheit von Treu und Glauben mit seiner Konkretisierungsfähigkeit	180
a)	Die inhaltliche Kohärenz der Aussage von Treu und Glauben	180
b)	Die Konkretisierungsfähigkeit von Treu und Glauben	181
4.	Die Konkretisierungsbedürftigkeit von Treu und Glauben im Falle seiner (indirekten) Anwendung	181
a)	Die Konkretisierungsbedürftigkeit zwecks Anwendung	181
b)	Die bloss indirekte Anwendbarkeit im Falle der Anwendung	183
5.	Abschliessende Bemerkungen	183
D.	Bejahung der Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB	183
1.	Treu und Glauben als Prinzip des Rechts	183
2.	Terminologische Folgerung	184
III.	Die Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	184
A.	Die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	184
1.	Keine Übereinstimmung dieser Aussage mit den historischen Entwicklungslinien	184
2.	Die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	185
3.	Die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtliche und verallgemeinert formulierte	186
a)	Das Rechtsmissbrauchsverbot als rechtliche Aussage	186
b)	Die verallgemeinerte Formulierung dieser Aussage	186
B.	Die breite Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	187
1.	Einleitende Bemerkungen	187
2.	Die Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes im Gesetz	187
a)	Die klare Anerkennung	187
b)	Erster Ansatz zu einem langlebigen Missverständnis	188
3.	Die Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes im Gewohnheitsrecht	188

Inhaltsverzeichnis

4.	Die Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes als eigenständiger allgemeiner Rechtsaussage in der Lehre	189
a)	Die Verfestigung des langlebigen Missverständnisses als Mangel der Anerkennung der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	189
b)	Der Durchbruch zur Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB in der Lehre	191
5.	Zur Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes in der Rechtsprechung	191
a)	Die vereinzelt klare Anerkennung	191
b)	Häufige Vermischung der Aussagen beider Absätze von Art. 2 ZGB	192
6.	Abschliessende Bemerkungen	193
C.	Die Kombination von Abstraktheit und Konkretisierung hinsichtlich der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	194
1.	Einleitende Bemerkungen	194
2.	Die Abstraktheit der Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes	194
3.	Die Koppelung der Abstraktheit des Rechtsmissbrauchsverbotes mit seiner Konkretisierungsfähigkeit	194
a)	Die inhaltliche Kohärenz der Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes	194
b)	Die Konkretisierungsfähigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes	195
4.	Die Konkretisierungsbedürftigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes im Falle seiner (indirekten) Anwendung	196
a)	Die Konkretisierungsbedürftigkeit zwecks Anwendung	196
b)	Die bloss indirekte Anwendbarkeit im Falle der Anwendung	196
5.	Abschliessende Bemerkungen	196
D.	Bejahung der Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB	197
1.	Das Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzip des Rechts	197
2.	Terminologische Folgerung	197
IV.	Resultate: Grundsatzqualität sowohl von Treu und Glauben als auch des Rechtsmissbrauchsverbotes	198
§ 17	Folgerungen aus der Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	199
I.	Vorbemerkungen	199
A.	Allgemeines; der Ausgangspunkt	199
B.	Die Hauptetappen der Folgerungen	199
II.	Folgerungen für die Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB	200
A.	Aus der Tatsache der Existenz verschiedener Arten von Prinzipien	200
B.	Aus dem Verhältnis von Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts	200
C.	Hinsichtlich der positivrechtlichen Rechtfertigung und der Anwendbarkeit der Grundsätze von Art. 2 ZGB	201
D.	Hinsichtlich der Suche nach dem Platz im System	201
E.	Abschliessende Bemerkung	202
III.	Folgerungen für die Untersuchung der Konkretisierung von Art. 2 ZGB	202
A.	Aus der Tatsache der Existenz verschiedener Konkretisierungsformen für Prinzipien	202
B.	Hinsichtlich der Durchgangsfunktion von Art. 2 ZGB	203
C.	Abschliessende Bemerkung	203

Inhaltsverzeichnis

IV.	Folgerungen für das weitere Vorgehen	203
A.	Die allgemeine Anlage der weiteren Ausführungen	203
B.	Die gegenseitigen Beziehungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot im besonderen	204
V.	Anhang: Zum Problem der oftmaligen Indifferenz der Judikatur bezüglich der Prinzipien von Art. 2 ZGB	204
A.	Rekapitulation des Problems	204
B.	Folgerung für die Auswahl der Belegstellen	205
VI.	Resultate	206
2. Abschnitt:	Der Gehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben und die zugehörige Konkretisierungsform	207
3. Kapitel:	Der Prinzipiengehalt von Art. 2 Abs. 1 ZGB	209
§ 18	Analyse der prinzipiellen Aussage des Gebotes von Treu und Glauben	209
I.	Vorbemerkungen	209
II.	Treu und Glauben und die behandelten Einteilungsraster für Rechtsprinzipien	210
A.	Das Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben	210
1.	Einleitende Bemerkungen	210
2.	Treu und Glauben als Grundsatz des Bundesprivatrechts	210
a)	Die Geltung des Prinzips für ZGB und OR	210
b)	Die Geltung des Prinzips für das gesamte Bundesprivatrecht	210
3.	Treu und Glauben als Grundsatz des gesamten Zivilrechts schlechthin	211
a)	Im allgemeinen	211
b)	Treu und Glauben als Grundsatz des kantonalen Privatrechts im besonderen	212
4.	In Sachbereichen gelegene Ansatzpunkte für eine Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht	212
a)	Der Ansatzpunkt im Sachbereich der Verträge	212
b)	Der Ansatzpunkt und die Überdehnung im Sachbereich der Rechtspflege	213
5.	Die Übertragung des zivilrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben ins öffentliche Recht	215
a)	Bestandesaufnahme zu einzelnen Etappen der Ausdehnung	215
b)	Treu und Glauben als Grundsatz auch des gesamten öffentlichen Rechtes	218
c)	Kritische Würdigung der Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben ins öffentliche Recht	219
6.	Abschliessende Bemerkungen; Treu und Glauben als Grundsatz beider grosser Sachbereiche des Rechts	221
B.	Das Kriterium der Erkenntnisgrundlagen zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben	222
1.	Einleitende Bemerkungen	222
2.	Treu und Glauben als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip	222

Inhaltsverzeichnis

a)	Das Gesetz als Erkenntnisgrund für Treu und Glauben	222
b)	Treu und Glauben als Generalklausel	224
c)	Das weitere Vorgehen	224
3.	Indizien für die Vorgegebenheit von Treu und Glauben	224
a)	Allgemeines	224
b)	Äusserungen in der Lehre als Indizien der Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben	225
c)	Äusserungen in der Rechtsprechung als Indizien der Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben	226
d)	Das weitere Vorgehen	228
4.	Treu und Glauben als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip	228
a)	Die menschliche Verbundenheit als vorgegebener Ausgangspunkt der phänomenologischen Analyse	228
b)	Die Tätigkeit des Menschen in der Verbundenheit als Vorgegebenes und der ihr entsprechende Begriff der Rechtshandhabung in der Rechtsordnung	229
c)	Die im Vorgegebenen angelegte Begrenzung der Rechtshandhabung und ihre Entsprechung im Grundgedanken von Treu und Glauben	230
d)	Folgerung: Der Grundsatz von Treu und Glauben als vorgegebenes Prinzip des Rechts	232
e)	Die Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben und seine Ausdehnung in das öffentliche Recht	233
5.	Abschliessende Bemerkungen	234
C.	Das Kriterium ihres ethischen Gehaltes zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben	234
1.	Einleitende Bemerkungen	234
2.	Der eigene eindeutig ethische Gehalt von Treu und Glauben	235
a)	Im allgemeinen	235
b)	Treu und Glauben als eigenständige ethische Aussage in Gebotsform	235
c)	Der Grundsatz von Treu und Glauben als ethisches Prinzip und als ethische Generalklausel	236
3.	Erste Folgerungen aus dem ethischen Gehalt von Treu und Glauben und seiner Gebotsform	236
a)	Die Massstabfunktion von Treu und Glauben	236
b)	Der Grundsatz von Treu und Glauben als "lex imperfecta"	237
4.	Abschliessende Bemerkungen	238
III.	Treu und Glauben und die Regelbildungstendenz der Rechtsordnung	239
A.	Treu und Glauben als der Regelbildung teilhaftiges Rechtsprinzip	239
1.	Die doppelte Ursache zur Regelbildung	239
a)	Theoretische Begründung der Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben	239
b)	Bestätigungen der theoretisch begründeten Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben	240
2.	Folgerung aus der Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform von Treu und Glauben	242
a)	Einleitende Bemerkungen	242
b)	Spezifizierung als Gegenstück zur Regelbildungseigenschaft des Grundsatzes von Treu und Glauben	242
B.	Zur Bedeutung von Standards infolge der Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben	243
C.	Ausschluss einer Korrekturfunktion des Grundsatzes von Treu und Glauben	244

	1. Keine Berücksichtigung des originär Individuellen	244
	2. Keine Korrekturfunktion des Prinzips	244
IV.	Bedeutung und Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung von Treu und Glauben	245
	A. Einleitende Bemerkungen	245
	B. Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung für die Erkenntnis des Prinzips von Treu und Glauben	245
	1. Das Genügen der Positivierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB als Erkenntnisgrundlage für Treu und Glauben	245
	2. Das Ungenügen der Positivierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB zum Verständnis der allgemeinen Geltung von Treu und Glauben	246
	C. Die weitere Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung von Treu und Glauben	246
	D. Das Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung von Treu und Glauben in der geltenden Rechtsordnung	247
	1. Im Privatrecht	247
	2. Im öffentlichen Recht	248
V.	Resultate der weiteren Analyse des Grundsatzes von Treu und Glauben	249
§ 19	Abschliessende Inhaltsbestimmung des Gebotes von Treu und Glauben	251
I.	Vorbemerkungen	251
II.	Zur Abgrenzung von Treu und Glauben gegenüber gutem Glauben und guten Sitten	251
	A. Einleitende Bemerkungen	251
	B. Zum Unterschied von Treu und Glauben und gutem Glauben	252
	1. Das gegenseitige Verhältnis der beiden Vorstellungen	252
	a) Im allgemeinen	252
	b) Der Berührungspunkt in der Begrenzung des Gutglaubensschutzes	253
	c) Der entscheidende Unterschied	254
	2. Eine Ergänzung zum Unterschied	255
	C. Zum Unterschied von Treu und Glauben und guten Sitten	256
	1. Der entscheidende Unterschied	256
	2. Eine Ergänzung zum Unterschied	256
III.	Der Begriff von Treu und Glauben	257
	A. Rekapitulation der Umschreibungen des Grundgedankens des Prinzips von Treu und Glauben	257
	1. Die gängigen Umschreibungen der Vorstellung von Treu und Glauben	257
	2. Unklare Grenzbereiche sprachlicher Ausdrucksweisen	258
	B. Bestimmung des Begriffs von Treu und Glauben	260
	1. Einleitende Bemerkungen	260
	2. Die Begriffselemente	260
	a) Die Verlässlichkeit	260
	b) Die Berechtigteit der Verlässlichkeit	261
	3. Der Begriff von Treu und Glauben	261
	a) Zweck der begrifflichen Festlegung	261
	b) Die begriffliche Fixierung von Treu und Glauben	262
	C. Treu und Glauben als Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit	263
IV.	Anhang: Treu und Glauben und das davon betroffene einzelne Recht	264
	A. Die Kontroverse	264
	B. Stellungnahme zur Kontroverse	264
V.	Resultate	265

4. Kapitel:	Die Treu und Glauben zugehörige Konkretisierungsform und die Anwendbarkeit des Prinzips	267
§ 20	Die Konkretisierungsform von Treu und Glauben	267
I.	Vorbemerkungen	267
	A. Theoretisch gesicherte Grundlagen	267
	B. Beschränkung der Auswahl von Nachweisen	268
II.	Hinweise zu den sprachlichen Mitteln der (regelbildenden) Spezifizierung von Treu und Glauben	269
	A. Die Betonung des objektivierten Massstabcharakters	269
	1. Bei Ermittlung des einer Gesetzesnorm zugrundeliegenden Modelles von Lebenserscheinungen	269
	2. Bei Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften	271
	B. Die Betonung der Bedeutung von Erfahrungssätzen	272
III.	Auswahl einiger Gruppen von Spezifikationen des Grundsatzes von Treu und Glauben	274
	A. Einige spezifizierte Leitsätze als Anwendungen des Grund- satzes von Treu und Glauben	274
	1. Das Vertrauensprinzip als rechtsgeschäftliche Auslegungs- vorschrift von Willenserklärungen	274
	2. Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung	275
	3. Kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	276
	4. Anhang: Zur Notwendigkeit einer rechtlichen Sonder- verbindung als einer Frage der Konkretisierung	277
	B. Einige häufige und typische Spezifizierungen von Treu und Glauben	278
	1. Treu und Glauben im Verkehr	278
	a) Im allgemeinen	278
	b) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im besonderen	279
	c) Treu und Glauben im Behördenverkehr im besonderen	280
	2. Treu und Glauben und die Irrtumsregel von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR	280
	a) Im allgemeinen	280
	b) Zunehmende Spezifizierung bei Beurteilung von Grund- lagenirrtümern ausserhalb des Geschäftsverkehrs	281
	3. Einige Beispiele weitergehender Spezifizierung	282
	4. Abschliessende Bemerkungen	284
	C. Einige auf Treu und Glauben basierende Regeln des Rechts	285
	1. Einleitende Bemerkungen	285
	2. Die sog. Unklarheitenregel	285
	a) Im allgemeinen	285
	b) Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen im besonderen	286
	c) Eine Unterregel der Unklarheitenregel bei standardisierten Verträgen im besonderen	286
	3. Die Anzeigepflicht bei erkanntem Irrtum	287
	4. Abschliessende Bemerkungen	287
IV.	Besonders anschauliche Beispiele zur Spezifikation als der Treu und Glauben zugehörigen Konkretisierungsform	288
	A. Auszug aus BGE 97 II 390 ff.	288
	1. Zum Tatbestand	288
	2. Der Ablauf der Spezifizierung	288
	a) Bemerkungen	288
	b) Der entsprechende Urteilsausschnitt	288

Inhaltsverzeichnis

B.	Auszug aus BGE 100 II 18 ff.	289
1.	Zum Sachverhalt	289
2.	Der Ablauf der Spezifikation	290
a)	Bemerkungen	290
b)	Der entsprechende Urteilsausschnitt	290
C.	Das Urteil BGE 104 Ia 278 ff.	291
1.	Zum Rechtsproblem	291
2.	Der Ablauf der Spezifikation im einzelnen	291
a)	Die Herrschaft des Vertrauensprinzips für einen Verzicht auf den Wohnsitzrichter (= 1. Etappe der Spezifikation)	291
b)	Auswirkungen der Unklarheitenregel für den Fall einer Gerichtsstandsklausel in Formularverträgen (= 2. Etappe der Spezifikation)	292
c)	Beschränkung des bisherigen Resultates auf geschäftsgewohnte Kreise (= 3. Etappe der Spezifikation)	292
d)	Die Besonderheit der Geschäftsunerfahrenheit unter besonderer Berücksichtigung eines weiteren Standards sowie unverschuldeter sprachlicher Unkenntnis (= 4. Etappe der Spezifikation)	293
3.	Abschliessende Bemerkungen	294
a)	Im allgemeinen	294
b)	Zu den verwendeten sprachlichen Mitteln der Spezifizierung im behandelten Urteil im besonderen	295
V.	Anhang: Zur Durchgangsfunktion von Treu und Glauben	295
A.	Die künstliche Durchgangsfunktion hinsichtlich bestehenden gesetzlichen Regelrechts	295
1.	Sog. gesetzliche Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben	295
2.	Die Verselbständigung des Regelrechts und die sog. gesetzlichen Konkretisierungen von Treu und Glauben	296
B.	Die echte Durchgangsfunktion von Treu und Glauben	298
1.	Allgemeines zur Häufigkeit der Durchgangsfunktion von Treu und Glauben für noch nicht positivierte Rechtsregeln	298
2.	Die mögliche Verselbständigung auch dieser Rechtsregeln im besonderen	298
VI.	Resultate	299
§ 21	Die Anwendbarkeit von Treu und Glauben	301
I.	Vorbemerkungen	301
II.	Die bloss indirekte Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben	301
A.	Im allgemeinen	301
B.	Folgerung: Alles präzisere Recht geht vor	302
III.	Die unselbständige Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben	303
A.	Die unselbständige Bedeutung als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit	303
1.	Im allgemeinen	303
2.	Hinsichtlich der ethischen Aussage im besonderen	303
B.	Keine selbständige Justiziabilität des Grundsatzes von Treu und Glauben	304
1.	Kein vollständiger eigener Tatbestand	304
2.	Keine eigenen unmittelbaren Rechtsfolgen	304
3.	Folgerung: Keine selbständige Justiziabilität	305
IV.	Resultate	306

Inhaltsverzeichnis

§ 22	Anhang: Tabellarischer Überblick zum Prinzip von Treu und Glauben und seiner zugehörigen Konkretisierungsform der Spezifizierung	307
I.	Vorbemerkungen	307
II.	Schema des Prinzips von Treu und Glauben und seiner Konkretisierungsform der Spezifizierung	308
III.	Schlussbemerkungen	310
3. Abschnitt:	Der Gehalt des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes und die zugehörige Konkretisierungsform	311
5. Kapitel:	Der Prinzipiengehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB	313
§ 23	Analyse der prinzipiellen Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes	313
I.	Vorbemerkungen	313
II.	Das Rechtsmissbrauchsverbot und die behandelten Einteilungsraster für Rechtsprinzipien	314
A.	Das Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch	314
1.	Das Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzip des gesamten Privatrechts	314
2.	Zur Frage einer generellen Übertragung des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht	315
a)	Nachwirkungen fälschlicher inhaltlicher Gleichsetzung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB?	315
b)	Vorbehalte gegenüber einer generellen Ausdehnung des Prinzips ins öffentliche Recht	315
c)	Argumente für vereinzelte Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht	318
d)	Zusammenfassende Stellungnahme	319
B.	Das Kriterium der Erkenntnisgrundlagen zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch	320
1.	Das Rechtsmissbrauchsverbot als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip	320
a)	Das Gesetz als Erkenntnisgrund für das Verbot	320
b)	Das Rechtsmissbrauchsverbot als Generalklausel	320
c)	Das weitere Vorgehen	321
2.	Indizien für die Vorgegebenheit der Generalklausel des Rechtsmissbrauchs in Lehre und Rechtsprechung	321
3.	Das Rechtsmissbrauchsverbot als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip	322
a)	Das vorgegebene rechtstechnische Phänomen der Regelhaftigkeit des Rechts	322
b)	Das Rechtsmissbrauchsverbot als Folge der vorgegebenen Regelhaftigkeit des Rechts	322
c)	Folgerung: Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots	323
4.	Abschliessende Bemerkungen	324
C.	Das Kriterium ihres ethischen Gehaltes zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch	324
III.	Das Verhältnis des Rechtsmissbrauchsverbots zur regelhaften Rechtsordnung	325

Inhaltsverzeichnis

A.	Allgemeines	325
1.	Die feststehende Berichtigungsfunktion	325
2.	Das Verhältnis der Berichtigungsfunktion zur regelhaften Rechtsordnung	326
B.	Das Rechtsmissbrauchsverbot und die Regelbildungseigenschaft des Rechts	326
1.	Einleitende Bemerkungen	326
2.	Das Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip gegenüber der Rechtsordnung	328
a)	Als Korrekturprinzip	328
b)	Als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip	328
3.	Die Ausschaltung beider Ursachen der Regelbildung beim regeldurchbrechenden Korrekturprinzip des verbotenen Rechtsmissbrauches	329
a)	Die Umkehrung der Anforderungen der Ordnungsfunktion des Rechts	329
b)	Keine Betrachtung nach wesensmässigen Modellen	330
c)	Folgerung: Mahnung zu grösster Zurückhaltung	331
4.	Folgerungen aus der fehlenden Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform des Grundsatzes vom verbotenen Rechtsmissbrauch	332
a)	Im allgemeinen	332
b)	Individualisierung als Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes	332
c)	Das verbleibende Minimum der Sachgruppenbildung	333
5.	Abschliessende Bemerkungen	333
C.	Die Massstäbe des Rechtsmissbrauches	335
1.	Das Fehlen von Massstäben im Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot selber	335
2.	Die Modelle einzelner Regeln als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils	336
a)	Theoretische Erläuterungen zum Massstab	336
b)	Das Beispiel von Art. 66 OR	337
3.	Die Modelle ganzer Regelungskomplexe als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils	339
a)	Theoretische Erläuterungen zum Massstab	339
b)	Das Beispiel der sog. Scheinehe	340
4.	Treu und Glauben als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils	343
a)	Theoretische Erläuterungen zum Massstab	343
b)	Das Beispiel der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht	345
5.	Abschliessende Bemerkungen	346
IV.	Exkurs: Der Berührungspunkt der beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Prinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot	347
A.	Der zentrale Berührungspunkt	347
B.	Anhang: Zu den Überschneidungen	348
C.	Der grosse Vorteil der Vereinigung der beiden Prinzipien in der einen Gesetzesbestimmung von Art. 2 ZGB	349
V.	Bedeutung und Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes	350
A.	Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung für das Rechtsmissbrauchsverbot	350
1.	Für die Erkenntnis des Rechtsmissbrauchsprinzips	350
2.	Die weitere Bedeutung	350

Inhaltsverzeichnis

B.	Das Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes im geltenden Recht	350
1.	Der gesicherte Begründungszusammenhang für das gesamte Privatrecht	350
2.	Zur Frage eines Begründungszusammenhanges im Falle vermehrter und genereller Anwendung im öffentlichen Recht	351
VI.	Resultate der weiteren Analyse des Grundsatzes vom Rechtsmissbrauchsverbot	352
§ 24	Abschliessende Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes	355
I.	Vorbemerkungen	355
II.	Der eigentliche Gegenstand des Rechtsmissbrauches	355
A.	Der Gegenstand der regeldurchbrechenden Korrektur	355
1.	Einleitende Bemerkungen	355
2.	Die Diskrepanz zwischen verselbständigter Regel und ihr zugrundeliegendem Modell und der Rechtsmissbrauch	356
3.	Die Diskrepanz zwischen einem wesensmässig erkennbaren neuen Modell im Tatsächlichen und verselbständigter Regel und der Rechtsmissbrauch	358
4.	Die Diskrepanz zwischen verselbständigter Regel und der Forderung nach richtiger rechtlicher Beurteilung des Falles in seiner Einzigartigkeit und der Rechtsmissbrauch	359
5.	Die Gemeinsamkeit der genannten Diskrepanzen; der eigentliche Gegenstand des Rechtsmissbrauches	360
B.	Folgerung: Das Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des Rechts)	361
1.	Zusammenfassende Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes	361
a)	Der Inhalt des Rechtsmissbrauchsverbotes	361
b)	Das Rechtsmissbrauchsverbot als ultima ratio	362
2.	Anhang: Zu den Möglichkeiten des Ausschlusses der Korrektur auf Grund des Rechtsmissbrauchsverbots	363
III.	Die Bedeutung des Elementes "offenbar" in der Umschreibung des Rechtsmissbrauchsverbotes	364
A.	Keine selbständige Bedeutung	364
B.	Grosse praktische Bedeutung	365
IV.	Resultate	366
6. Kapitel:	Die dem Rechtsmissbrauchsverbot zugehörige Konkretisierungsform und die Anwendbarkeit des Prinzips	368
§ 25	Die Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes	368
I.	Vorbemerkungen	368
A.	Theoretisch gesicherte Grundlagen	368
B.	Beschränkung der Auswahl von Nachweisen	369
II.	Die Individualisierung als Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes	370
A.	Typische und auffällige sprachliche Mittel der Individualisierung	370
1.	Der Hinweis auf die ganz besonderen Umstände des einzelnen Falles	370
2.	Der Hinweis auf den Ausnahmecharakter der rechtsmissbräuchlichen Konstellation	371
3.	Die Betonung der Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs	372

4.	Bundesgerichtliche Formeln der Individualisierung	373
a)	Keine starren Regeln unter Würdigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles als Formel der Individualisierung	373
b)	Keine Geltung für bestimmte Arten von Fällen, sondern Anweisung zur Berücksichtigung der nur dem einzelnen Fall eigenen Tatsachen als Formel der Individualisierung	375
B.	Der Ablauf der Individualisierung	376
1.	Veranschaulichung der Individualisierung als dem Rechtsmissbrauchsverbot zugehöriger Konkretisierungsform	376
a)	Einleitende Bemerkungen	376
b)	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Rentenansprüchen des geschiedenen Ehegatten	376
c)	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Unterhaltspflicht des Ehemannes bei gerichtlicher Trennung und im Scheidungsprozess?	377
2.	Grenzen der Individualisierung	379
a)	Einleitende Bemerkungen	379
b)	Von den Parteien gezogene Grenzen	380
c)	Vom Richter gezogene Grenzen	380
III.	Das infolge des Verzehrs auf Regelbildung verbleibende Minimum der Sachgruppenbildung hinsichtlich der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes	381
A.	Rekapitulation der Ursachen der Beschränkung auf Sachgruppenbildung	381
B.	Aufzählung einiger Beispiele von Sachgruppen von Anwendungsfällen des Rechtsmissbrauchsverbotes	382
C.	Schlussbemerkungen	384
IV.	Anhang: Zur Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes	385
A.	Theoretisches zum Ablauf der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes	385
1.	Der Ausgangspunkt in den Sachgruppen	385
2.	Die Erkenntnis eines neuen wesensmässigen Modelles	386
3.	Die Prägung einer neuen Regel	386
a)	Als originäre Regelbildung	386
b)	Neue Regel oder neues Regelverständnis als Varianten der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips	387
B.	Beispiele zur Veranschaulichung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes	388
1.	Die sog. Scheinehen	388
a)	Einzelne Rechtsmissbrauchsurteile am Anfang	388
b)	Die Zusammenfassung zur Sachgruppe	389
c)	Das Modell und die daraus abgeleitete neue Regel	389
2.	Die Fälle unzulässiger Berufung auf Formungültigkeit	390
a)	Die Anfänge in einzelnen Rechtsmissbrauchsurteilen	390
b)	Die Zusammenfassung zur Sachgruppe	390
c)	Die Möglichkeit der Erkenntnis neuer Modelle und eines neuen Verständnisses der bestehenden Formvorschriften	390
3.	Abschliessende Bemerkungen	392
C.	Terminologische Folge des beendeten Durchganges	393
V.	Die möglichen Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB	394
VI.	Resultate	395

Inhaltsverzeichnis

§ 26	Die Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes	397
I.	Vorbemerkungen	397
II.	Die bloss indirekte Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsprinzips	397
III.	Die beschränkte selbständige Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes	398
A.	Keine Bedeutung als Hilfsmittel der normalen Rechtsfindungstätigkeiten	398
B.	Die beschränkte selbständige Justiziabilität des Rechtsmissbrauchsverbotes	399
1.	Im allgemeinen	399
2.	Kein Allerweltsmittel der Rechtsanwendung im besonderen	400
IV.	Resultate	401
§ 27	Anhang: Tabellarischer Überblick zum Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot und seiner zugehörigen Konkretisierungsform der Individualisierung	403
I.	Vorbemerkungen	403
II.	Schema des Prinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot und seiner Konkretisierungsform der Individualisierung	404
III.	Schlussbemerkungen	406
4.	Abschnitt: Hauptergebnisse aus der Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB und der zugehörigen Konkretisierungsformen	407
7.	Kapitel: Bilanz der Ausführungen über Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot und ihre Konkretisierung	409
§ 28	Historisches und Grundsatzqualität; Hinweise auf Zwischenbilanzen	409
§ 29	Der Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und die zugehörigen Konkretisierungsformen	411
A.	Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)	411
B.	Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	412
C.	Der Berührungspunkt der beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Prinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot	413
D.	Konkretisierungsform und Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben	414
E.	Konkretisierungsform und Anwendbarkeit des Prinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot	414
F.	Zur Anwendung des Art. 2 ZGB in seiner Gesamtheit	415
§ 30	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse zu Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	416
	Sachregister	419

Literaturverzeichnis

a) Vorbemerkungen

In das Literaturverzeichnis sind nur die in der vorliegenden Arbeit auch erscheinenden Werke aufgenommen worden; die weitere umfangreiche Literatur, die bearbeitet worden ist, wird darin nicht aufgeführt. Einige Hinweise auf Schriften von sekundärer Bedeutung finden sich in den Anmerkungen.

Die Zitierweise wird jeweilen nach den Angaben zum betreffenden Werk in Klammern angegeben. Kommentare werden nur mit dem Namen des Verfassers und der oder den betreffenden Noten zur betreffenden Bestimmung zitiert (also z.B. Merz, N 42 zu ZGB 2). Mehrere Werke desselben Verfassers werden in chronologischer Reihenfolge ihres Erscheinens aufgeführt.

Die Judikatur wurde anhand sämtlicher Entscheide der Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (BIZR) und der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) seit dem Erscheinen dieser Sammlungen (BIZR 1902, BGE 1875) verarbeitet, die mit Treu und Glauben und/oder dem Rechtsmissbrauchsverbot argumentierten; die Praxis ist bis Ende August 1979 berücksichtigt worden.

b) Literatur

- | | |
|---------------------------|--|
| BLUMENSTEIN, Ernst | System des Steuerrechts, 3., von Prof. Dr. Irene Blumenstein neu bearbeitete Auflage, Zürich 1971 (Blumenstein) |
| BRUHIN, Urs | Planänderung im Raumplanungsrecht, Diss. Zürich 1975, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 480 (Bruhin) |
| BUCHER, Theodor G. | Überlegungen zu Logistik und Logik für den Juristen, ZSR 96 I, 1977, S. 127 ff. (Bucher) |
| BÜRGI, Wolfhart Friedrich | Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1939, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 157 (Bürgi) |
| — | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 5b (1, 2, 3): Die Aktiengesellschaft, 3 Bände, Zürich 1957/1969/1979 |
| DESCHENAUX, Henri | Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II (Basel 1967), S. 1 ff. (Deschenaux) |
| EGGER, August | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, 2., umgearbeitete Auflage, Zürich 1930 |
| EGLI, Anton | Treu und Glauben im Sozialversicherungsrecht, ZBJV 113 (1977), S. 377 ff. (Egli) |
| ENGISCH, Karl | Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2., ergänzte Auflage, Heidelberg 1968 (Engisch) |

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|---|
| ESSER, Josef | Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3., unveränderte Auflage, Tübingen 1974 (Esser) |
| FLEINER, Fritz/
GIACOMETTI, Zaccaria | Schweizerisches Bundesstaatsrecht, unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung von 1949, Zürich 1976 (Fleiner/Giacometti) |
| FLEINER, Thomas | Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977 (Fleiner, Thomas) |
| FORSTMOSER, Peter/
MEIER-HAYOZ, Arthur | Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976 (Forstmoser/Meier-Hayoz) |
| FRIEDRICH, Hans-Peter | Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 7 ZGB, nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe von 1962, Bern 1966 |
| GIACOMETTI, Zaccaria | Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, unveränderter Nachdruck der ersten Auflage von 1941, Zürich 1979 (Giacometti, Staatsrecht) |
| — | Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (Giacometti, Verwaltungsrecht) |
| GMÜR, Max | Berner Kommentar, Einleitung, 2. Auflage, Bern 1919 |
| GROTIUS, Hugo | De iure belli ac pacis, libri tres, Neuer deutscher Text und Einleitung von Walter Schätzel (Erste Ausgabe: Amsterdam 1625), Tübingen 1950 (Grotius) |
| GUENG, Urs | Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, ZBl 71 (1970), S. 449 ff. (Gueng) |
| GULDENER, Max | Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3., verbesserte und vermehrte Auflage, Zürich 1979 (Guldener)
Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 39, 1943, S. 389 ff. (Guldener, SJZ) |
| GUTZWILLER, Max | Vom gemeinsamen Erbe. Ein Stück Weltbild der Rechtslehre, ZSR 88 I, 1969, S. 21 ff. (Gutzwiller) |
| HÄFELIN, Ulrich | Verfassungsgebung, in: Probleme der Rechtssetzung, ZSR 93 II, 1974, S. 75 ff. (Häfelin) |
| HARTMANN, Karl | Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, SJZ 45, 1949, S. 229 ff. (Hartmann, SJZ) |
| HARTMANN, Nicolai | Das Problem des geistigen Seins, 2. Auflage, Berlin 1949 (Hartmann) |
| HOTZ, Werner Friedrich | Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1977, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 510 (Hotz) |

Literaturverzeichnis

- HUBER, Eugen Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bd. I und II, 2., durch Verweisungen auf das Zivilgesetzbuch und etliche Beilagen ergänzte Ausgabe, Bern 1914 (Huber, Erl. I und Erl. II)
- Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921 (Huber)
- HUBER, Hans Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, in: Zehn Jahre revidierte Wirtschafts- und Sozialartikel der Bundesverfassung, Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht 10 (1958), S. 1 ff. (Huber, WuR)
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 6 ZGB, nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
- Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, ZSR 96 I, S. 1 ff. (Huber, Verhältnismässigkeit)
- HUECK, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947 (Hueck)
- IMBODEN, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 II, 1958, S. 1a ff. (Imboden, Vertrag)
- Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel 1971 (Imboden, Staat und Recht)
- JÄGGI, Peter Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 3 ZGB, nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
- JOST, Andreas Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 438 (Jost)
- KASER, Max Römisches Privatrecht, 7., neubearbeitete Auflage, München 1972 (Kaser)
- LARENZ, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1975 (Larenz)
- LIVER, Peter Berner Kommentar, Einleitungsband, Allgemeine Einleitung, nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe von 1962, Bern 1966 (Liver, Einleitung, N)
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 5 ZGB, nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland von 1909, Zürich 1968

- MEIER-HAYOZ, Arthur
 .
 —
 —
 —
 —
 —
 —
 —
 —
 —
 MEIER-HAYOZ, Arthur/
 FORSTMOSER, Peter
 MEIER-HAYOZ, Arthur/
 SCHLUEP, Walter René/
 OTT, Walter
 MEIER-HAYOZ, Arthur/
 ZWEIFEL, Martin
 MERZ, Hans
 —
 MITTEIS, Heinrich/
 LIEBERICH, Heinz
- Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss,
 Diss. Zürich 1948 (Meier-Hayoz, Diss.)
 Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (Meier-
 Hayoz, Richter)
 Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung,
 ZSR 78 I, 1959, S. 89 ff. (Meier-Hayoz, Privat-
 rechtswissenschaft)
 Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 1 ZGB,
 nahezu unveränderter photomechanischer Nach-
 druck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
 Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 4 ZGB,
 nahezu unveränderter photomechanischer Nach-
 druck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
 Berner Kommentar, Das Eigentum, 1. Teilband:
 Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen,
 4. Auflage, Bern 1966 (Hinweise auf den System-
 atischen Teil dieses Kommentars sind mit Meier-
 Hayoz, Sachenrecht, Syst. Teil, N bezeichnet)
 Berner Kommentar, Das Eigentum, 2. Teilband:
 Grundeigentum I, 3., völlig neu bearbeitete Auflage
 des von Prof. Dr. Hans Leemann begründeten
 Kommentars zum Sachenrecht, Nachdruck mit
 Nachträgen 1964–1973, Bern 1974
 Zur Eigentumsordnung, in: Totalrevision der
 Bundesverfassung – zur Diskussion gestellt, ZSR
 97 I, 1978, S. 313 ff. (Meier-Hayoz, Eigentums-
 ordnung)
 Wertpapierrecht, Grundlagen und allgemeiner Teil,
 Vorlesungsunterlage, Zürich 1979 (Meier-Hayoz,
 Wertpapierrecht)
 Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts,
 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Bern
 1976 (Meier-Hayoz/Forstmoser)
 Zur Typologie im schweizerischen Gesellschafts-
 recht, ZSR 90 I, 1971, S. 293 ff. (Meier-Hayoz/
 Schluep/Ott)
 Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im
 Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Harry Westerm-
 ann, S. 383 ff., Karlsruhe 1974 (Meier-Hayoz/
 Zweifel)
 Die Generalklausel von Treu und Glauben als
 Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR 80 I, 1961,
 S. 335 ff. (Merz, Generalklausel)
 Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB,
 nahezu unveränderter photomechanischer Nach-
 druck der Ausgabe von 1962, Bern 1966
 Deutsches Privatrecht, 6., durchgesehene und er-
 gänzte Auflage, München 1972 (Mitteis/Lieberich)

- | | |
|-------------------------|---|
| MULLER, Pierre | Le principe de la proportionnalité, ZSR 97 II, 1978, S. 197 ff. (Muller) |
| NENNINGER, John | Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Nr. 105, Basel 1974 (Nenninger) |
| NIEDERHAUSER, Markus D. | Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Diss. Bern 1978, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 453 (Niederhauser) |
| OFTINGER, Karl | Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR 57 II, 1938, S. 481a ff. (Oftinger, ZSR 57 II, 1938) |
| - | Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 II, 1939, S. 178 ff. (jetzt auch abgedruckt in: K. Oftinger, Ausgewählte Schriften, S. 79 ff.) (Oftinger, Auslegung) |
| - | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Fahrnispfand, 2., neu gearbeitete Auflage, Zürich 1952 (Hinweise auf den Systematischen Teil dieses Kommentars sind mit Oftinger, Fahrnispfand, N bezeichnet) |
| | Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band: Allgemeiner Teil, 4., überarbeitete und vermehrte Auflage, Zürich 1975 (Oftinger, Haftpflichtrecht) |
| OTT, Edward E. | Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979 (Ott) |
| PELLI, Fulvio | Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1978 (Pelli) |
| PICOT, François | La bonne foi en droit public, ZSR 96 II, 1977, S. 115 ff. (Picot) |
| REICHEL, Alex. | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Zürich 1911 (Reichel) |
| SALADIN, Peter | Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, S. 41 ff., Basel 1975 (Saladin, Fairness) |
| SAMELI, Katharina | Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 96 II, 1977, S. 287 ff. (Sameli) |
| SCHLUEP, Walter René | Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen, Zürich und St. Gallen 1955 (Schluep, Diss.) |
| - | Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 115 (1979), S. 65 ff. (Schluep, Grundzüge) |

- SCHMIDT, Wilhelm
Das Eigentum auf den ältesten Stufen der Menschheit, Bd. I: Das Eigentum in den Urkulturen, Münster in Westfalen 1937, Bd. II: Das Eigentum im Primärkulturkreis der Herdenviehzüchter Asiens, Münster in Westfalen 1940 (Schmidt, Bd. I oder Bd. II)
- SCHNYDER, Bernhard
Kindesrecht, Supplement zu Tuor/Schnyder, ZGB von 1975, Zürich 1977 (Schnyder, Supplement)
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/
JÄGGI, Peter
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR und Kommentar zu Art. 1–17 OR, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Zürich 1973 (Schönenberger/Jäggi)
- SIMONIUS, August
Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts, ZSR 71 I, 1952, S. 237 ff. (Simonius)
- SOERGEL, Hs. Th. -
SIEBERT, W. -
KNOPP, W.
Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Kommentar zu § 242 BGB, 10., neubearbeitete Auflage, Stuttgart 1967 (Soergel-Siebert-Knopp)
- SOHM, Rudolf/
MITTEIS, Ludwig/
WENGER, Leopold
Institutionen des römischen Rechts, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, München und Leipzig 1930 (Sohm/Mitteis/Wenger)
- STOCKMANN, Heinrich
Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, S. 387 ff., Zürich 1971 (Stockmann)
- TROLLER, Alois
Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main/Berlin 1965 (Troller)
- TUOR, Peter/
SCHNYDER, Bernhard
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9., neubearbeitete Auflage, Zürich 1975 (Tuor/Schnyder)
- WALDER-BOHNER, Hans-Ulrich
Der neue Zürcher Zivilprozess. Ein Handbuch, Zürich 1977 (Walder)
- WEBER-DÜRLER, Beatrice
Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Diss. Zürich, Bern 1973, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 419 (Weber-Dürler)
- WEISS, Gottfried
Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. VII, 2. Abteilung: Das Aktienrecht, 1. Lieferung: Einleitung, Bern 1956 (Weiss)
- WIEACKER, Franz
Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2., neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967 (Wieacker)
- ZIMMERLI, Ulrich
Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 II, 1978, S. 1 ff. (Zimmerli)

c) Hinweise auf verwendete Wörterbücher und Lexika

Das Deutsche Wort	Rechtschreibung und Erklärung des deutschen Wortschatzes sowie der Fremdwörter, Leipzig 1934
Der Grosse Duden	Bd. 5, Fremdwörterbuch, 2., verbesserte und vermehrte Auflage, Mannheim 1966
--	Bd. 8, Vergleichendes Synonymwörterbuch, Mannheim 1964
Der Neue Brockhaus	Lexikon und Wörterbuch in fünf Bänden und einem Atlas, 4., neubearbeitete Auflage, Wiesbaden 1968
Die Religion in Geschichte und Gegenwart	3. Auflage, Tübingen 1958 (RGG)
Langenscheidts Taschenwörterbuch der lateinischen und deutschen Sprache	Neubearbeitung von 1963, 5. Auflage 1967, Berlin/München 1963
Lexikon der Ethik	1. Auflage, München 1977
Lexikon für Theologie und Kirche	Freiburg im Breisgau 1959

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
A.-G.	Aktiengesellschaft (alt für AG)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
al.	alinea
Anm.(en)	Anmerkung(en)
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881
APLR	Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten vom 7. Februar 1794
art.	article
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzsammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Offizieller Titel seit 1948: Sammlung der Eidgenössischen Gesetze. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Bd.	Band
bes.	besonders
bezw.	beziehungsweise (alt für bzw.)
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Bonner Grundgesetz	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EG ZGB ZH	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 (des Kantons Zürich)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterungen
ff.	und folgende (Seiten, Noten)
GVG	BG über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962
inkl.	inklusive
Kap.	Kapitel
KG	BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
leg. cit.	legis citatae (= des zitierten Gesetzes)
lit.	litera (= Buchstabe)
m.E./M.E.	meines Erachtens
N	Note (d.h. Randnote)

Abkürzungsverzeichnis

Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
O.-R.	alt für OR
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
OS	Offizielle Sammlung der seit dem 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich
resp.	respektive
RGG	Die Religion in Geschichte und Gegenwart, 3. Auflage, Tübingen 1958
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SchlT ZGB	Schlusstitel zum ZGB (Anwendungs- und Einführungsbestimmungen)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog./Sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
Syst. Teil	Systematischer Teil
usw.	und so weiter
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
v.a.	vor allem
vgl./Vgl.	vergleiche
VVG	BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht
z.B./Z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Zentralblatt; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZG	Zürcher Gesetzessammlung (Am 1. Januar 1961 in Kraft stehende Erlasse des Kantons Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO ZH/ZPO (ZH)	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (des Kantons Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (die Bandnummern beziehen sich stets auf die Neue Folge)

Allgemeiner Teil

Theoretische Fundierungen

“Sich auf die allgemeinen Fragen zu besinnen ist der einzige Weg, um in der fortschreitenden Zersetzung des hergebrachten Systems und Gehalts des positiven Rechts Haltung und Richtung zu gewinnen.”

Karl Oftinger, ZSR 57 II, 1938, S. 496a

Einleitung

Erkenntnisgegenstand der vorliegenden Arbeit ist Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Er gliedert sich in zwei Absätze, die anerkanntermassen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip, dass offenkundiger Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz finde, enthalten. Zwei inhaltlich sehr weit gefasste Aussagen rechtlicher Natur finden sich demnach in dieser Gesetzesnorm vereinigt. Beide sind so allgemein gehalten, dass sie nicht einfach wie Rechtssätze angewendet werden können. Sie bedürfen nach einhelliger Überzeugung von Lehre und Rechtsprechung der Konkretisierung, um in der Rechtsanwendung zur Entfaltung zu kommen.

Mit einem Schlag erweitert sich daher der Kreis der Erkenntnisobjekte. So muss zunächst abgeklärt werden, was ein Prinzip bzw. ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist. Eine Untersuchung der verschiedenen Arten von Prinzipien und des Platzes, den sie in einer Rechtsordnung einnehmen, muss daran anschliessen. Einen weiteren Erkenntnisgegenstand eigener Art gibt der Vorgang der Konkretisierung ab. Die geistigen Tätigkeiten, die im Denken zu geschehen haben, wenn es konkretisiert, bedürfen der Klärung. Im Anschluss daran wird es möglich sein, die Denkformen der Konkretisierung von Prinzipien zu beschreiben.

Die Ergebnisse der Gedanken zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und deren Anwendungsmechanismus der Konkretisierung werden im besonderen Teil der Arbeit an die beiden Absätze von Art. 2 ZGB herangetragen werden.

1. Abschnitt

Von den Prinzipien des Rechts

1. KAPITEL

PRINZIPIEN DES RECHTS UND IHRE ARTEN

§ 1

CHARAKTERISTIKA VON PRINZIPIEN DES RECHTS

I. Vorbemerkungen

Unter Bezeichnungen wie Grundsatz, Prinzip oder Maxime trifft man immer wieder Bezugnahmen auf feststehende, unbestreitbare "Richtsätze des Handelns"¹ an. Auch in juristischen Schriften² und Formulierungen³ tauchen allerorten Hinweise auf allgemeine Rechtsgrundsätze, allgemeine Rechtsgedanken, Rechtsprinzipien oder Leitlinien des Rechts auf. Sehr verschiedene Benennungen werden dabei verwendet⁴; gemeint ist meist dasselbe oder zumindest etwas Ähnliches: Es geht immer um die "allgemeinen Richtlinien"⁵ des Rechts.

Zwei Bemerkungen seien daher vorweg zur Terminologie in dieser Arbeit erlaubt: Erstens werden die beiden Ausdrücke Prinzip und Grundsatz synonym Verwendung finden⁶ und weitere Termini sollen für diesen Gesprächsgegenstand ausgeschlossen

1 Vgl. Das Deutsche Wort, Leipzig 1934, Stichwort Grundsatz; aber auch etwa: Der Neue Brockhaus, Lexikon und Wörterbuch in fünf Bänden, 4. neubearbeitete Auflage, Wiesbaden 1968, Stichwörter Prinzip und Grundsatz.

2 Vgl. z.B. Hotz, S. 8; Jost, S. 90; Schluep, Diss., S. 310; Larenz, S. 383; Meier-Hayoz/Zweifel, S. 383 ff.

3 Vgl. z.B. die Diskussionsvoten von Dubs (S. 447), Voyame (S. 449), Kölz (S. 452) und Nef (S. 455) zum Thema Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 96 II, 1977, S. 447 ff.; ferner BIZR 35 (1936) Nr. 115, E. 7.; BIZR 58 (1959) Nr. 70, E. 7. a); BGE 64 II 439; 96 I 566, E. 3. a); sowie ZPO (ZH), Marginalie zu § 54; Charta der Vereinten Nationen, Art. 2; Überschrift zu Art. 5 des Verfassungsentwurfes von 1977.

4 Vgl. z.B. Weber-Dürler, S. 122 (Grundsatz); Meier-Hayoz, Diss., S. 23/4 (Prinzip), S. 132 (Grundsatz, Prinzip); ders., N 405 zu ZGB I (allgemeine Rechtsgrundsätze, Rechtsprinzipien, Rechtsgedanken, Leitideen); BGE 83 II 348/49 (Grundsatz allgemeinsten Art, Grundregel, Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre); Esser spricht zwar meist von Prinzipien, verwendet aber auch Ausdrücke wie Grundsatz oder Maxime, so dass m.E. keine einheitliche Terminologie festgehalten werden kann.

5 Vgl. Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft, S. 108.

6 Im gleichen Sinne Larenz, S. 463, Anm. 65: "Meist werden jedoch die Ausdrücke 'Rechtsgrundsatz' und 'Rechtsprinzip' als gleichbedeutend gebraucht; ..."; vgl. ferner Der Grosse Duden, Band 8, Vergleichendes Synonymwörterbuch, Mannheim 1964, Stichwort Grundsatz. Rein sprachlich könnte ein Unterschied zwischen den Ausdrücken Grundsatz und Prinzip nur in einem verschiedenen Blickwinkel zur gleichen Erscheinung gesehen werden, indem jener als verschiedenen Phänomenen zugrunde liegend vorgestellt wird, während

sein; zweitens wird in terminologischer Hinsicht keine Unterscheidung erfolgen zwischen Grundsätzen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder Rechtsprinzipien und Prinzipien, weil nur solche Gebilde in Belangen des Rechts zur Sprache kommen sollen⁷.

Die Allgemeinheit dessen, was all die erwähnten Begriffe hervorheben wollen, soll im folgenden eine erste Umschreibung erfahren. Dabei sollen vorerst einige negative Abgrenzungen gezogen werden, um hernach den Versuch vorzunehmen, die Allgemeinheit von Prinzipien positiv zu erfassen und zu beschreiben⁸. Die Umschreibung charakteristischer Eigenschaften von Gebilden, welche in rechtlichen Belangen für Grundsätze oder Prinzipien gehalten werden, soll zu einer Klarstellung über den Gesprächsgegenstand und seine Besonderheiten führen. Eigentliches Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist angesichts der Vielfalt von Verständnismöglichkeiten, welche die verschiedenen Ausdrücke gestatten, die Entwicklung einer Definition des Begriffes der Prinzipien resp. Grundsätze, die der ganzen Arbeit zugrunde gelegt werden soll.

II. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber dem Rechtssatz

Den Rechtssatz als solchen zeichnet – unabhängig davon, ob er einer im engeren Sinne⁹ oder im weiteren Sinne¹⁰ sei – mit den Worten von *K. Larenz* gesprochen die klare “Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle”¹¹ aus. Er knüpft “an ein solches Verhalten bzw. an eine solche Tatsache Rechtsfolgen”¹². Die Probleme, die sich

dieser als mehreren Ausprägungen gemeinsam übergeordnet gedacht wird. Es ist daher sinnvoll, beide Ausdrücke als gleichbedeutend zu gebrauchen.

7 Nur zu Abgrenzungszwecken wird mit wenigen Worten von Prinzipien ausserhalb des juristischen Bereiches die Rede sein; vgl. unten S. 11, Ziff. 1.

8 Vgl. zu den negativen Abgrenzungen unten S. 8 ff., Ziff. II., III., IV.; zur positiven Erfassung der Prinzipien unten S. 17 ff., Ziff. V.; zum Begriff sodann unten S. 25, lit. E. Die Klarstellung des Begriffes ist nötig, weil in diesem allgemeinen Teil Prinzipien der Gesprächsgegenstand sind. Sie findet ihre Rechtfertigung in der Tatsache, dass beide Absätze von Art. 2 ZGB je ein Prinzip enthalten, was im besonderen Teil im einzelnen weiterverfolgt werden wird. Viele Probleme, die sich bei den Abgrenzungen bis hin zur Begriffsentwicklung auftun, aber nichts mit dem Gesprächsgegenstand der Prinzipien zu schaffen haben, müssen dabei möglichst rechtzeitig ausgekoppelt werden und es sollen in diesen Fällen nur einige Hinweise auf das Problem sowie etwaige Literatur genügen.

9 Darunter werden “generelle abstrakte Normen im Sinne von Verfassungsrecht für Private, das ist von Vorschriften, die den Bürger verpflichten”, verstanden; vgl. dazu mit der soeben angeführten Stelle *Fleiner/Giacometti*, S. 739.

10 Vgl. dazu *Fleiner/Giacometti*, S. 740; Rechtssätze im weiteren Sinne sind demnach “bestimmte generelle abstrakte Normen im Sinne von Organisations- oder Verwaltungsvorschriften”.

11 Vgl. *Larenz*, S. 135, unter besonderer Bezugnahme auf *Esser*; ferner *Esser*, S. 50/1.

12 Vgl. *Giacometti*, *Verwaltungsrecht*, S. 32.

hinsichtlich der Feststellung dieses Verhaltens oder seiner Subsumtion unter den einzelnen Rechtssatz ergeben¹³, berühren den Unterschied zwischen Rechtssatz und Prinzip nicht¹⁴. Auch die Abgrenzung des Rechtssatzes gegenüber nicht generellen oder nicht abstrakten Erlassformen ist für Prinzipien unerheblich¹⁵. Wo immer aber “unmittelbar auf Einzelfälle anwendbare Regeln”¹⁶ vorhanden, wo immer “Tatbestand und Rechtsfolge deutlich umschrieben”¹⁷ sind, haben wir einen Rechtssatz vor uns und kein Prinzip¹⁸. Diejenige Allgemeinheit des Rechtssatzes, die als seine Generalität und seine Abstraktheit bekannt ist¹⁹, hat nichts zu tun mit der ganz anders gearteten Allgemeinheit, die den Prinzipien zugeschrieben und an ihnen besonders hervorgehoben wird²⁰. Rechtssätze sind allgemein bezüglich ihres Adressatenkreises²¹ und hinsichtlich der Zahl der von ihnen erfassten Tatbestände²². Grundsätze unterscheiden sich von ihnen dadurch, dass sie *nicht unmittelbar* anwendbar sind. Das Besondere ihrer Allgemeinheit wird deshalb auf einer ganz anderen Ebene zu suchen sein als bei den rechtssatzförmigen Normen²³.

Anders als beim Rechtssatz steckt die Allgemeingültigkeit eines Prinzips offenbar darin, dass es gedanklich von bestimmten Erscheinungen, die mit einer Tatbestand-Rechtsfolge-Beziehung verbunden werden können, mehr oder weniger abgehoben oder losgelöst²⁴ ist. Dies ermöglicht zu verstehen, dass ein und dasselbe Prinzip einen zumindest mitbestimmenden Einfluss bei der Anwendung oder auch nur zum Verständnis höchst verschiedener Rechtssätze²⁵ ausüben kann. Die gedankliche Loslösung des Prinzips von einzelnen Rechtssätzen und die damit angestrebte All-

13 Vgl. dazu z.B. Larenz, S. 255 ff.

14 Vgl. zur Überstrapazierung, welche dabei die Logik im Sinne der aristotelischen Syllogismen erfährt, und zu Denkformen der modernen Logistik Bucher, in: ZSR 96 I, 1977, S. 127 ff.

15 Solch andere Erlassformen spielen heute im Planungs- und Baurecht eine wichtige Rolle; vgl. dazu Imboden, Staat und Recht, S. 387 ff.; ferner Bruhin, S. 15 ff., bes. S. 20.

16 Vgl. Larenz, S. 410, unten.

17 Vgl. Larenz, S. 330, vor Anm. 53.

18 Im gleichen Sinne auch Esser, S. 50: “Es kann zunächst nur um die Herstellung eines einheitlichen Sprachgebrauchs gehen. Für ihn scheint mir die alle Typen treffende negative Formulierung wichtig, dass ein Rechtsprinzip kein Rechtssatz, keine Rechtsnorm im technischen Sinne ist, solange es keine verbindliche Weisung unmittelbarer Art für einen bestimmten Fragenbereich enthält, sondern die judizielle oder legislative Ausprägung solcher Weisungen verlangt oder voraussetzt.”

19 Vgl. dazu Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 79: “...; als generelle abstrakte Rechtsnormen erscheinen sodann die Rechtssätze aus dem Grunde, weil sie sich an eine unbestimmte Vielheit von Personen richten, also eine unbestimmte Anzahl von Adressaten haben, und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln.”

20 Vgl. dazu oben S. 7, bei Anm. 5.

21 Darin besteht ihre Generalität; vgl. auch vorstehend Anm. 19.

22 Darin besteht ihre Abstraktheit; vgl. auch vorstehend Anm. 19.

23 Vgl. dazu unten S. 17 ff., Ziff. V.

24 Worin diese Loslösung besteht, ist damit aber noch nicht gesagt.

25 Schon daraus wird also verständlich, dass allgemeine Rechtsgrundsätze als Hilfsmittel für die Auslegung und die Lückenfüllung herbeizuziehen sind; vgl. dazu Meier-Hayoz, N 225 und 405 ff. zu ZGB 1.

gemeinheitsstufe seiner Aussage machen es wahrscheinlich, seinen Inhalt in mannigfaltigen Regelungsbereichen, die verschiedenste Rechtssätze enthalten, als gedanklich mitenthalten zu "entdecken"²⁶. Die Abgehobenheit des Prinzips von Tatbestand und Rechtsfolge lässt es gedanklich Rechtssätzen, je nach Weite seines Gehaltes vielleicht gar ganzen Bereichen der Rechtsordnung übergeordnet erscheinen. Von dieser Loslösung und Überordnung führt der Weg verständlicherweise bald zur Frage, wie denn ein Prinzip, um wirksam zu werden, wieder auf die untergeordnete Ebene geführt werden könne, wie es mit anderen Worten wieder an eine Tatbestand-Rechtsfolge-Relation "angebunden" werden könne²⁷.

Ziel einer jeden rechtlichen Regel und jeder Wissenschaft vom Recht muss ja "die Praxis des Rechtslebens"²⁸ sein. Deshalb wird eine Betrachtung der Vorgänge zwischen dem irgendwie losgelösten Prinzip und der irgendwie mit dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt verbundenen und verwachsenen anwendbaren Regel²⁹ erfolgen müssen³⁰.

III. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber allgemeinsten Gedanken und allgemeinen Rechtsgedanken

A. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung

Die besondere Allgemeinheit, die den Prinzipien zugeschrieben wird³¹, hebt sie mit hinreichender Deutlichkeit vom Rechtssatz ab³². Diese Allgemeinheit muss aber auch von noch allgemeineren Gedanken und Vorstellungen, die auch als Prinzipien herausgestellt und benannt werden³³, abgehoben werden, damit sie eine

26 Ausführlicher zu diesem "Entdecken" oder "Erkennen" Esser, S. 2 und 284–287.

27 Zwischen der Allgemeinheit des Prinzips und der Fallnähe des Mechanismus von Tatbestand und Rechtsfolge müssen wechselseitige Brücken geschlagen werden können.

28 Vgl. dazu Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft, S. 109, unter besonderer Bezugnahme auf Engisch und Coing: "Die Privatrechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft. Es ist ihr fast einzigartiger Vorzug unter den Kulturwissenschaften, nicht neben und hinter dem Gegenstand ihrer Forschung einherzugehen, sondern das Recht selbst und das Leben in und unter dem Recht mitgestalten zu dürfen" (K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956, S. 8)."

29 Auch dieses Verwachsen ist damit noch nicht näher beschrieben, wie es oben in Anm. 24 schon für die Loslösung festgehalten worden ist.

30 Vgl. dazu unten S. 103 ff., § 6, und S. 106 ff., § 7, die allgemeinen Ausführungen zur Konkretisierung; sodann S. 121 ff., § 8, zu den möglichen Denkformen bei der Konkretisierung von Prinzipien des Rechts.

31 Vgl. dazu oben S. 7, bei Anm. 5.

32 Vgl. dazu oben S. 8 ff., Ziff. II.

33 Man denke dabei nur etwa an das Prinzip der Hoffnung in der christlichen Ethik oder an die Verwendung des Ausdrucks Prinzip in der Philosophie; vgl. zum letzten z.B. RGG, Bd. 5, Spalten 587/88.

den Grundsatz qualifizierende ist. Weil solche noch allgemeineren Gebilde in rechtlichen Formulierungen³⁴ und Abhandlungen³⁵ ebenfalls anzutreffen sind, ist es unerlässlich, sie als allgemeinste Rechtsgedanken von den eigentlichen Rechtsprinzipien zu unterscheiden. Nur wenn auch diese Abgrenzung vorgenommen wird, kann ein einheitlicher Begriff des Prinzips entwickelt werden.

B. Die Abgrenzung im einzelnen

1. Von allgemeinsten Gedanken schlechthin

Wo allgemeinste Gedanken anderer Lebens- oder Denkbereiche als desjenigen des Rechts zur Diskussion stehen, ergibt sich ihre Abgrenzung zu Prinzipien des Rechts schon schlicht daraus, dass eben nicht über Gegenstände des Rechtlichen Aussagen gemacht werden. Der Inhalt zieht die Trennungslinie zu den Grundsätzen des Rechts mit der erforderlichen Klarheit³⁶. Inwieweit in diesen das Recht nicht berührenden Gebieten zwischen Prinzipien, Postulaten und anderen denkbaren Gruppen unterschieden werden soll, ist für diese Untersuchung ohne weitere Bedeutung. Prinzipien der Moralthologie oder Grundsätze der Mathematik – um zwei beliebige Beispiele zu nennen – unterscheiden sich also schon hinsichtlich des *Objektes* ihrer Betrachtung von allgemeinen Gedanken, die sich mit dem Recht befassen.

2. Die Eigenheit allgemeiner Rechtsgedanken

Gedankliche Gehalte vieler anderer Disziplinen können auch für das Recht von Bedeutung werden³⁷. Soweit es sich dabei um Forderungen ohne breite Anerken-

34 Vgl. z.B. Art. 6 der Charta der Vereinten Nationen, wo unter der Bezeichnung "die in der vorliegenden Satzung enthaltenen Grundsätze" offenbar alles Grundlegende verstanden wird, das die Charta enthält.

35 Vgl. z.B. Saladin, Fairness, S. 41 ff., bes. S. 85 ff., wo nach einem Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 4 BV der Versuch unternommen wird, den sicher beteiligten allgemeinen Gedanken der Fairness zum tragenden Prinzip und eigentlichen Inhalt des Verfassungsartikels zu erheben.

36 So ist es z.B. klar, dass das vorstehend in Anm. 33 genannte Prinzip der Hoffnung das menschliche Seelenleben betrifft und gar nichts mit der rechtlichen Erfassung und Beschreibung der Lebensverhältnisse gemeinsam hat.

37 Vgl. z.B. den ethischen Begriff der guten Sitten in Art. 19 Abs. 2 OR oder den national-ökonomischen Begriff der ausgeglichenen konjunkturellen Entwicklung in Art. 31quinquies Abs. 1 BV in der durch Volksabstimmung vom 28. Februar 1978 angenommenen Fassung.

nung³⁸ handelt, werden sie später zur Sprache kommen und von den Prinzipien abgegrenzt³⁹.

Die Verwandtschaft von allgemeinen Rechtsgedanken und Prinzipien des Rechts besteht darin, dass beide einen hohen Grad von Anerkanntheit aufweisen, dass sie auf ihre Art als feststehend und anerkannt gelten⁴⁰. Insofern sind beide allgemein im Sinne von anerkannt. Dennoch unterscheiden sie sich, und zwar gewissermassen im Ausmass ihrer Allgemeinheit im Verhältnis zu einzelnen Rechtsfällen. Denn wie einerseits das Prinzip durch seine besondere Allgemeinheit vom zu beurteilenden Fall entfernt und zugleich in manchem Fall wieder anzutreffen ist⁴¹, so sind anderseits noch allgemeinere Rechtsgedanken zwar auch von der jeweils vorliegenden Rechtsfrage entfernt, aber ihre Allgemeinheit geht so weit, dass ihre Bindung an Tatbestand-Rechtsfolge-Beziehungen nicht mehr recht gelingen will. Diese Unmöglichkeit, allgemeinste Rechtsgedanken wieder direkt am Fall zu entdecken, hat folgende Ursachen: Solche noch allgemeineren Gebilde entstehen oft aus der Hinterfragung an sich schon allgemeiner Prinzipien nach einem gemeinsamen Grund⁴², wobei – wie bei der Suche nach einem gemeinsamen Nenner in einer Bruchrechnung – etwas Grösseres gesucht wird, in dem die Prinzipien dann zusammenpassen sollen. Dabei wird aber nicht nur der Gehalt der allgemeineren Aussagen immer geringer⁴³, es geht auch der organische Zusammenhang, der das Prinzip auszeichnet⁴⁴, meistens deshalb verloren, weil solch ein sog. allgemeinsten “Grundsatz” eben schon rein konstruktiv entstanden ist. Ferner ist es mit steigender Allgemeinheit zunehmend wahrscheinlicher, dass das Grössere und an sich allgemeinen Aussagen wieder Gemeinsame etwas behauptet, das sich im tatsächlichen Geschehen gar nicht mehr im Sinne einer Verwirklichung dieses Grösseren ereignet⁴⁵. Daran zeigt sich dann wiederum die Tatsache der zu weiten Ent-

38 Eine irgendwie geartete breite Anerkennung wird ganz offenbar bei allen oben S. 7/8, Ziff. I., aufgeführten Bezeichnungen für allgemeine Richtlinien des Rechts stillschweigend vorausgesetzt.

39 Vgl. dazu unten S. 14 ff., Ziff. IV.

40 Dabei wird ein Unterschied zwischen allgemeinsten Rechtsgedanken oder Prinzipien einerseits und Postulaten oder blossen Wunschprinzipien, wie er sich unten S. 14 ff., Ziff. IV., zeigen wird, schon vorausgesetzt.

41 Vgl. dazu oben S. 10, bei Anm. 26. Genauerer zu den Vorgängen, die dabei ablaufen, wird – wie schon S. 10, bei Anm. 29, betont – später zu sagen sein.

42 Vgl. zu diesem Vorgehen Saladin, Fairness, wo der noch allgemeinere Gedanke der Fairness hinter den aus Art. 4 BV fliessenden Grundsätzen gesucht wird.

43 Das ist eine Eigenschaft aller Verallgemeinerung.

44 Vgl. dazu ausführlicher unten S. 20 ff., lit. C.

45 An einem frei erfundenen Beispiel soll das verdeutlicht werden: Es liesse sich ohne weiteres ein allgemeiner Rechtsgedanke des Anstandes – über ein gleichlautendes Postulat hinaus – annehmen. Man könnte auch versucht sein, verschiedene Rechtsinstitute und Prinzipien in ihrer Verwandtschaft mit diesem allgemeinen Rechtsgedanken darzustellen. Dazu kämen z.B. das Vertrauensprinzip oder einer gewissen Affinität wegen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Frage. Wollte man nun jedoch folgern, es existiere ein allgemeinstes “Anstandsprinzip” im Recht und die genannten anderen Prinzipien seien nur Anwendungen

fernung solcher noch allgemeineren Sätze von den zu beurteilenden Fragen bestätigt⁴⁶.

3. Von allgemeinsten Rechtsgedanken

Allgemeine Rechtsgedanken haben demnach oftmals trotz ihrer Anerkanntheit etwas Konstruktives oder Spekulatives⁴⁷ an sich. Sie werden dadurch zu theoretisch und entfernen sich vom Gesamtzusammenhang des geltenden Rechts zu sehr⁴⁸. Ihr Gehalt ist so weit entleert, dass sie nicht mehr am einzelnen Fall entdeckt werden können, weil der Fall eben keine Ausprägung ihres Inhaltes mehr ist.

Ein Prinzip dagegen bleibt in seiner anerkannten Allgemeinheit immer nahe genug an den zu beurteilenden Fragen, um in ihnen wiedergegeben zu erscheinen⁴⁹. Gerade diese Eigenschaft erhält das Prinzip praktikabel und gibt allen allgemeinsten Rechtsgedanken einen konstruktiven Anstrich. Es ist mit diese Selbstbegrenzung, die dem Prinzip jene Selbstvidenz verleiht, die ihm häufig eigen ist. Allgemeinste Sätze dagegen verlieren diese Kraft⁵⁰, in Erscheinungen des Lebens durchscheinen zu können⁵¹.

Will man darunter diese umschriebene Eigenschaft verstehen, so kann man dem Prinzip bezüglich seiner Anwendbarkeit eine Mittelstellung zwischen dem Rechtssatz und allgemeinsten Rechtsgedanken einräumen. Der Rechtssatz ist immer direkt

dieses Leitprinzips, so könnte das nicht gelingen und wäre unpräzis. Die genannten beiden Prinzipien haben nämlich höchstens eine *gedankliche* Verwandtschaft mit dem Anstandsgedanken, darüber hinaus aber ganz andere Inhalte. Es hiesse der Rechtsordnung nicht vorhandenen primären Anstandsschutz unterschieben zu wollen, wenn man ein anwendbares Anstandsprinzip statuieren würde. Wiewohl also ein allgemeiner Rechtsgedanke des Anstandsschutzes denkbar ist, trifft eine entsprechende Vorzugsstellung des Anstandes auf keine Realisierungen im tatsächlich rechtserheblichen Leben. Geniesst ein Gedanke allgemeinen Anstandsschutzes die nötige breite Anerkennung, dann wäre er in unserer Terminologie allgemeiner Rechtsgedanke; nur als Prinzip darf er mangels Realisierungen im Rechtsleben nicht bezeichnet werden. Im gleichen Sinn m.E. Merz, N 338 zu ZGB 2: "So verlockend es auch manchmal wäre: Der bloße Verstoß gegen den geschäftlichen Anstand darf nicht zur Korrektur ... führen"; ferner N 543 und 582 zu ZGB 2.

46 In gleicher Weise könnte man die Probleme im Zusammenhang mit dem Gedanken der Begrenzung legitimer Macht nicht zu einem so lautenden Rechtsprinzip, das irgendwie anwendbar sein könnte, verselbständigen.

47 Vgl. z.B. das Prinzip der Fairness.

48 Dass sie dennoch zur Erklärung des Rechts beitragen können, ist damit in keiner Weise in Frage gestellt.

49 Vgl. so schon oben S. 10, bei Anm. 26.

50 Es gibt keinen einheitlichen Vorgang mehr, unter dessen Verwendung sie anwendbar gemacht werden könnten.

51 Auch die meisten Verwendungen des Begriffs Prinzip in der Philosophie haben diese Eigenschaft nicht; vgl. etwa die Beispiele in RGG, Bd. 5, Spalten 587/88 unter dem Stichwort Prinzip.

anwendbar; der allgemeine Rechtsgedanke mit Sicherheit nie. Dazwischen bewegt sich das Prinzip: Wenn es auch nicht direkt anwendbar ist, gibt es dennoch einen besonderen Vorgang⁵², der es aus seiner besonderen Allgemeinheitsstufe herausholt und unter Verwachsung mit dem anstehenden Fall anwendbar macht. Insofern ist ein Prinzip *indirekt* anwendbar. Anders ausgedrückt kann man sagen, Prinzipien hätten mit Rechtssätzen die Anwendbarkeit gemeinsam – wenn auch in verschiedener Weise angewendet wird –, mit allgemeinsten Rechtsgedanken die breite Anerkennung⁵³, während die Allgemeinheitsstufe von beiden eine verschiedene ist. Die Wahrung der indirekten Anwendbarkeit hat zwar das Prinzip, allgemeine Rechtsgedanken haben sie hingegen verloren.

IV. Abgrenzung der Prinzipien gegenüber blossen Postulaten (und gegenüber noch politisch zu entscheidenden Fragen im besonderen)

A. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung

Die Absicht, Überzeugung hervorzurufen, verleitet nur zu bald dazu, eigene Wünsche als allgemein anerkannte Prinzipien auszugeben⁵⁴. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit sind nicht nur solche allgemein gefassten Wünsche, sondern auch echte Grundsätze gesellschaftlicher Gruppen oder von Einzelpersonen⁵⁵ zu scheiden von den Prinzipien des Rechts, um welche allein es hier geht. Besonders hervorzuheben werden muss sodann der Unterschied zwischen einem Prinzip und rechtlichen Fragen, die auch in ihren grundlegenden Zügen noch im politischen Ringen beantwortet werden müssen⁵⁶. Politischer Meinungsbildungsprozess und Entscheidungskampf müssen – auch wenn es manchmal schwerfällt⁵⁷ – von den Grundsätzen des Rechts klar abgehoben werden.

52 Vgl. zur genaueren Analyse dieses Vorganges unten S. 103 ff., § 6, und bes. S. 121 ff., § 8.

53 Sie trennt Prinzipien und allgemeine Rechtsgedanken vor allem deutlich von reinen Forderungen.

54 Man erinnere sich z.B. nur der "Grundsätze" und "prinzipiellen" Aussagen von Politikern in Wahlkämpfen. Besonders im benachbarten Ausland werden dabei leider Ziele, blosse Meinungen, Versprechungen und Absichtserklärungen bunt vermischt.

55 Vgl. etwa Grundsatzprogramme politischer Parteien, Richtlinien von Berufsverbänden (sofern sie nicht rechtlich verbindlich erklärt sind), Prinzipien von Einzelpersonen (gegen die sie nicht zu verstossen entschlossen sind).

56 Zu denken ist dabei vor allem an weittragende gesetzgeberische Entscheide.

57 Vgl. dazu den Hinweis oben in Anm. 54.

B. Die Abgrenzung im einzelnen

1. Von blossen Postulaten

Postulate sind Forderungen; sie verlangen irgend etwas oder es wird mittels ihrer die Realisierung von noch nicht Vorhandenem verlangt⁵⁸. Der Sprachgebrauch ist hier einheitlich. Inhalt des Verlangens, welches ein Postulat vorbringt, können die verschiedensten Belange sein. Deshalb ergibt der Inhalt auch kein Unterscheidungskriterium gegenüber dem Prinzip. Es ist vielmehr der Forderungs- oder Wunschcharakter selbst, der Postulate klar und ausreichend von Prinzipien abhebt, weil diese einen objektiven Gehalt haben, der ihnen allgemeine Anerkennung sichert⁵⁹.

Hauptschwierigkeit im Verhältnis von Prinzip und Postulat ist es, dass diese als jene ausgegeben werden können⁶⁰. Gelingt es, diese Verbrämung von Postulaten zu beseitigen, bereitet die Abgrenzung im Anschluss daran keine grossen Schwierigkeiten. Ist der Inhalt eines Postulates allgemein anerkannt, so verwandelt es sich in einen allgemeinen Gedanken⁶¹ und vielleicht sogar in ein Prinzip. Das Postulat ist also in erster Linie die Form eines Vorbringens⁶², die sich allerdings aus taktischen oder anderen Gründen manchmal verbirgt⁶³. Prinzip und Postulat haben demnach gar nichts gemeinsam. Wesentlich bleibt nur, dass im Vorfeld der eigentlichen und problemlosen Abgrenzung als Grundsätze verkleidete Postulate gewissermassen "enttarnt" werden müssen⁶⁴.

2. Von Grundsätzen gesellschaftlicher Gruppen oder Prinzipien von Einzelpersonen

Gesellschaftliche Gruppierungen oder Menschen als einzelne haben oft Prinzipien oder — wie z.B. mancher Verein — ganze Programme von Grundsätzen. Wie diese Richtlinien im einzelnen qualifiziert werden müssen, spielt keine weitere Rolle. Sicher ist, dass sie einen verhältnismässig engen Bereich betreffen, nämlich den Menschen, der von ihnen spricht, oder die Gruppe, die sie sich gibt. Wer es will, gibt sich solche Richtlinien seines Handelns auf⁶⁵.

58 Vgl. z.B. die Postulate des Parlaments an den Bundesrat, die gemäss Art. 46 Abs. 1 GVG nur Aufforderungen zum Bericht über den betreffenden Gegenstand sind.

59 Vgl. mehr zu dieser Anerkennung unten S. 18 ff., lit. B.

60 Vgl. dazu den Hinweis oben S. 14, Anm. 54.

61 Vgl. dazu oben S. 12, vor Anm. 40.

62 Andere Formen für Vorbringen wären etwa die Feststellung oder die Frage.

63 Vgl. dazu den Hinweis oben S. 14, Anm. 54.

64 Dann tritt ihr reiner Forderungscharakter zutage.

65 Solange darin kein Verstoß gegen das geltende Recht liegt, sind diese Richtlinien dem freien Willen des Geistes überlassen.

Recht hingegen wird von der Staatsgewalt gesetzt und richtet sich je nach seinem Inhalt an viele oder an alle Rechtsgenossen⁶⁶. Grundsätze des Rechts haben nun immer irgendeinen Bezug zum Recht und zur vom Staat gesetzten Rechtsordnung⁶⁷. Dadurch unterscheiden sie sich zur Genüge von Grundsätzen, die andere Gruppierungen festsetzen. Die Staatsgewalt als Schöpferin des Rechts einerseits und die Beziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu diesem staatlichen Recht andererseits machen deutlich, dass Festlegungen anderer Gruppierungen für die Frage nach Rechtsprinzipien nicht beachtet werden müssen⁶⁸. Daher war es zusätzlich sinnvoll, von Anfang an Prinzip und Rechtsprinzip, Rechtsgrundsatz und Grundsatz einander terminologisch gleichzustellen⁶⁹.

3. Von noch politisch zu entscheidenden Fragen

Wo Aufgaben oder Zielsetzungen noch im politischen Entscheidungsprozess festgelegt werden müssen, wo insbesondere die grundlegenden Züge einer Regelung noch im Widerstreit der Meinungen ausgelotet werden müssen, wo also politische Postulate zur Diskussion stehen, welche — um mit den Worten *J. Essers* zu sprechen — “die schillernde Vielfalt des nicht ausgetragenen weltanschaulich-politischen Kampfes um die angemessene Ordnungswahl noch in sich bergen”⁷⁰, hat es keinen Sinn, schon von einem Prinzip des Rechts sprechen zu wollen⁷¹. Um zum Prinzip zu werden, muss der “Kampf um die nähere Ordnungsbedeutung”⁷² abgeschlossen worden sein, müssen sich die oft widersprüchlichen politischen Postulate durch Anerkennung eines bestimmten Gehaltes verdichtet und in den gegebenen Ordnungszusammenhang eingefügt haben. Ein Prinzip muss “immerhin eine Ordnungswahl mitteilen, an welcher sich juristisch das Einzelne formen lässt und welche diese Ausprägung am Einzelfall gestattet”⁷³. Genau das vermag aber ein blosses Postulat oder eine Häufung solcher politischer Forderungen nicht zu leisten. “Ein Prinzip

66 Vgl. zur souveränen Herrschaftsgewalt und somit zur Rechtsetzungskompetenz als Essentiale des Staates Fleiner/Giacometti, S. 36 ff.; ferner zur Rechtsetzungskompetenz der Legislative Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 15/6.

67 Mehr zu diesem Bezug unten S. 27 ff., § 2.

68 Wie Grundsätze anderer Gruppen eingeteilt und abgegrenzt werden müssten, ist ebenfalls ohne Bedeutung für Rechtsprinzipien.

69 Vgl. oben S. 7/8, vor Anm. 7.

70 Vgl. Esser, S. 77.

71 Esser bespricht als Beispiel einer verfrühten Aufnahme einer weitreichendsten Bestimmung in das geltende Recht die Gleichberechtigungsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes, was den Richter immer wieder nötige, bestehende Gesetze zu korrigieren, da sie der Forderung der Verfassungsbestimmung noch lange nicht alle angeglichen worden seien.

72 Vgl. Esser, S. 76.

73 Vgl. Esser, S. 76.

mit noch politisch zu entscheidender Aufgabe kann nicht juristisch fixiert werden", sagt *J. Esser*⁷⁴. M.E. könnte folgendermassen präzisiert werden: Eine allgemeine Aussage – mag sie auch in ausserjuristischen Bereichen Prinzip genannt werden –, die noch im politischen Entscheidungskampf ausgefochten und festgelegt werden muss, kann kein Grundsatz des Rechts sein.

Es handelt sich bei politisch noch offenen Fragen immer um Postulate oder ganze Gruppen von ihnen. Daher unterscheiden sie sich schon durch ihren Forderungscharakter⁷⁵ klar von Prinzipien des Rechts. Erst wenn der politische Meinungsbildungsprozess zu einer Einigung geführt hat und damit eine Ordnungswahl erfolgt ist, kann die Frage, ob ein Prinzip des Rechts vorliege, geprüft werden. Zu Recht sagt *J. Esser* kategorisch: "Rechtspolitische Prinzipien" – und das heisst nichts anderes als Postulate rechtspolitischer Art – "endlich bleiben Programme"⁷⁶. Trennt man die Sphären von Politik und Recht konsequent, wird man auch die Postulate der ersten und die Grundsätze des zweiten nicht vermischen.

V. Die besondere Allgemeinheitsstufe von Rechtsprinzipien

A. Vorbemerkungen

Unbestritten ist den Prinzipien immer die Eigenheit, allgemein zu sein; ja diese Eigenschaft wird schon in den für sie gebräuchlichen Bezeichnungen sichtbar und geradezu vorausgesetzt, wenn von ihnen die Rede ist⁷⁷. Es zeigt sich aber schnell, dass unter dem Attribut der Allgemeinheit verschiedene Eigenschaften verborgen sein können⁷⁸. Welche Besonderheit die Allgemeinheit von Rechtsgrundsätzen ausmacht, soll im folgenden untersucht werden. Diese erste positive Umschreibung der wesentlichsten Eigenschaft von Rechtsprinzipien wird für den weiteren Gang der Untersuchung von grösster Bedeutung sein⁷⁹.

74 Vgl. Esser, S. 69.

75 Vgl. dazu oben S. 15, vor Anm. 59.

76 Vgl. Esser, S. 147; auf die Gefahren von Programmartikeln auf Verfassungsstufe macht besonders Häfelin, S. 96/7, 102/03, 104, 107, 115, 117, 122, 124, 127 und 130 aufmerksam.

77 Vgl. zu verschiedenen dieser Bezeichnungen oben S. 7/8, Ziff. I.

78 Auch der Rechtssatz ist auf bestimmte Weise allgemein. Er hat aber eine ganz andere Allgemeinheit als ein Rechtsgrundsatz; vgl. dazu schon oben S. 9, nach Anm. 18.

79 Vgl. dazu unten S. 25, lit. E., zum Begriff des Prinzips.

B. Die Anerkanntheit als eine Form der Allgemeinheit

1. Das zugrundeliegende Allgemeinkriterium

Es besteht die Möglichkeit, einen gedanklichen Gehalt deshalb als allgemein zu bezeichnen, weil er Anerkennung genießt⁸⁰. Das allgemein Anerkannte hat dann in diesem Sinne die Eigenschaft der Allgemeinheit, kraft der Tatsache, dass es für richtig befunden wird – eben anerkannt ist. Beschränkt man den Begriff der Allgemeinheit auf dieses Moment der Anerkennung, so kann selbst eine Aussage engsten Inhaltes allgemein sein. Ein beliebiger, auf ganz spezielle Verhältnisse zugeschnittener Rechtssatz⁸¹ könnte dann, weil anerkannt, als allgemein gelten. Das widerspräche aber schon dem einfachsten Wortsinn des Ausdruckes “allgemein”, der auf ein allen oder zumindest vielen Phänomenen Gemeinsames hinweist⁸². Es bleibt also festzuhalten, dass es bei dem “Allgemeinen” immer um ein mehreren Erscheinungen Gemeinsames als unverzichtbares Begriffsminimum gehen muss⁸³. Die Anerkanntheit tritt dann als zusätzliches Kriterium der Allgemeinheit hinzu. Ausgehend vom Begriffsminimum muss bei der Anerkennung als zusätzlichem Kriterium der Allgemeinheit die Frage auftauchen, wer denn für die Anerkennung von Bedeutung sei. Wessen Meinung macht die Anerkanntheit eines Gedankeninhaltes aus? In dieser generellen Form braucht die Frage gar nicht beantwortet zu werden; es würde sich wohl kaum eine befriedigende Antwort finden. Sie soll aber im Zusammenhang mit den Rechtsprinzipien später aufgegriffen werden⁸⁴.

2. Die Anerkanntheit als Kriterium der Allgemeinheit im Bereich des Rechts

An verschiedenen Orten taucht die Anerkennung als rechtlich bedeutsam auf. Als Beispiel sei nur auf die Anerkennung hingewiesen, welche einer Übung zukommen muss, damit sie als Gewohnheitsrecht gelten kann⁸⁵. In all diesen Fällen besteht aber nicht jene Verquickung von Allgemeinheit und Anerkanntheit, wie wir sie bisher noch haben. So ist das Element der Allgemeinheit auch bei der Umschreibung von Gewohnheitsrecht eigenständig und neben der Anerkanntheit hervorgehoben⁸⁶.

80 Die sprachliche Wendung “allgemein anerkannt” ist durchaus üblich.

81 Vgl. als beliebig herausgegriffene Beispiele Art. 541 ZGB oder Art. 218ter OR.

82 Vgl. z.B. Der Neue Brockhaus, Lexikon und Wörterbuch in fünf Bänden, Wiesbaden 1968, Stichwort allgemein.

83 Zu diesem Minimum können aber zusätzliche Momente hinzutreten.

84 Vgl. sogleich unten S. 19/20, Ziff. 3.

85 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 238 zu ZGB 1 (Rechtmässigkeitsüberzeugung).

86 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 233 zu ZGB 1 (ununterbrochene Übung, längere Zeit andauernd).

Die breite Anerkennung eines gedanklichen Gehaltes ist uns schon bei den Abgrenzungen der Prinzipien gegenüber allgemeinsten Rechtsgedanken⁸⁷ und gegenüber Postulaten⁸⁸ begegnet. Es wurde dort festgehalten, dass Postulaten die Anerkennung auf breiter Basis fehlt⁸⁹, während es eine Gemeinsamkeit von allgemeinen Rechtsgedanken und Rechtsprinzipien ist, dass sie breite Anerkennung genießen.

3. Die Anerkanntheit als Kriterium der besonderen Allgemeinheitsstufe von Rechtsgrundsätzen

a) Das Ungenügen als alleiniges Kriterium

Die Anerkanntheit eignet sich zur Abgrenzung von Prinzipien gegenüber Postulaten durchaus. Das gelingt ihr freilich nicht gegenüber noch allgemeineren Rechtsgedanken. Die Anerkanntheit als besondere Form der Allgemeinheit eignet nicht nur den Prinzipien, sondern auch den allgemeinen Rechtsgedanken. Daher kann diese Eigenheit der Rechtsgrundsätze nicht ausreichen, um eine diesen, und nur diesen zugehörige Eigenschaft zu kennzeichnen. Immerhin bleibt sie eine bedeutsame, wenn auch nicht allein zur Begriffserfassung genügende Eigenschaft von Rechtsprinzipien.

b) Anhang: Zu den möglichen Trägern der breiten Anerkennung von Rechtsprinzipien (und allgemeinen Rechtsgedanken)

Die wichtigsten denkbaren Träger der Anerkennung, welche einem Prinzip zukommen muss, damit es als solches ansprechbar ist, lassen sich in Anlehnung an Art. 1 ZGB und seine Kommentierung durch Professor *A. Meier-Hayoz* in vier Gruppen einteilen. Sie sollen nunmehr aufgezählt werden.

Ein Prinzip kann mit den Mitteln der Auslegung⁹⁰ und daher von den dafür zuständigen Organen als Teil des Gesetzes festgehalten werden⁹¹. Auch als Gewohnheitsrecht⁹² kann sich ein Prinzip etablieren⁹³. Bei Auslegung und Lücken-

87 Vgl. dazu oben S. 12, vor Anm. 40, und S. 14, bei Anm. 53.

88 Vgl. dazu oben S. 15, vor Anm. 59.

89 Das gilt natürlich auch, wenn ihre Verfechter sie als anerkannt ausgeben möchten.

90 Vgl. zur Grenzziehung gegenüber der Lückenfüllung Meier-Hayoz, N 137/38 zu ZGB 1.

91 Vgl. dazu auch unten S. 37, Ziff. 1., und S. 38, Ziff. 3.

92 Vgl. zum Gewohnheitsrecht und seiner Wirkweise im einzelnen Meier-Hayoz, N 233 ff. zu ZGB 1.

93 Dies wird für prinzipielle Aussagen wohl sehr selten der Fall sein. Vgl. allgemein zur geringen Bedeutung des Gewohnheitsrechts Meier-Hayoz, N 242 zu ZGB 1.

füllung kommt als drittem Träger der Entwicklung und Anerkennung von Prinzipien der Lehre – der Rechtswissenschaft also – eine wohl überragende Stellung zu⁹⁴. In der letzten Gruppe schafft die Gerichtspraxis – vor allem diejenige der obersten Gerichte – die breite Anerkennung für ein Rechtsprinzip⁹⁵. Zusammengefasst sind es also Gesetz, Gewohnheitsrecht, Rechtswissenschaft und Spruchpraxis, die Träger der Anerkanntheit von Prinzipien sein können. Ob der eine oder der andere von ihnen im Vordergrund steht, hängt in erster Linie von der Art des in Frage stehenden Prinzips ab⁹⁶. Es ist aber auch denkbar, dass mehrere oder alle möglichen Träger für die Anerkennung eines Prinzips zusammenwirken. Die genannten Träger der Anerkennung vermögen im übrigen auch den allgemeinen Rechtsgedanken die Anerkanntheit zu vermitteln.

c) Folgerung bezüglich der Allgemeinheit von Prinzipien

Um das Besondere an dieser Allgemeinheit näher zu bestimmen, reicht das untersuchte Kriterium der Anerkanntheit bei den dafür denkbaren Trägern nicht aus⁹⁷. Die Allgemeinheit des Prinzips muss noch genauer und unter einem anderen Blickwinkel analysiert werden. Dazu wollen wir jetzt übergehen.

C. Die inhaltliche Kohärenz der Rechtsprinzipien als Ursache der Besonderheit ihrer Allgemeinstufe

1. Die inhaltliche Kohärenz der Rechtsprinzipien

Rechtsgrundsätze von Bedeutung entstehen immer im Zusammenhang mit Lebenserscheinungen⁹⁸. Sie werden am Fall "entdeckt"^{99,100}. Sie bewahren deshalb nach ihrer gedanklichen Verselbständigung eine intensive Beziehung zu Erscheinungen des Lebens, in denen sie (mit)verwirklicht durchschimmern. Daher

94 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 428 ff., bes. N 436, 451, 462–64 zu ZGB 1.

95 Vgl. dazu allgemein Meier-Hayoz, N 466 ff. zu ZGB 1; ferner Esser, z.B. S. 164, 168/69, 174, bes. S. 267, 279, 281, 325 und 349; eines der Hauptanliegen Essers liegt in der Betonung des Ausgangspunktes der Prinzipienbildung in der Kasuistik und der Erarbeitung des Prinzips durch immer mehr Urteile und nachfolgende doktrinelles Bearbeitung der bisherigen Spruchpraxis.

96 Vgl. zu den Arten von Prinzipien unten S. 27 ff., § 2.

97 Vgl. dazu oben S. 19, lit. a.

98 Vgl. dazu Troller, S. 214, Anm. 2 a.E., S. 221/22, Anm. 23.

99 Vgl. diesen Ausdruck bei Esser, S. 267.

100 Vgl. dazu ausführlicher Esser, S. 151, 162, 267 und 279/80.

ist es selbstverständlich, dass sie in manchen Regelungsbereichen wiedergefunden werden können¹⁰¹. Diese Entdeckungen sind geradezu zwangsläufig zu erwarten. Ebenso leuchtet es ein, dass solche Prinzipien als der übrigen Rechtsmasse übergeordnet erachtet werden¹⁰², was zwar gedanklich und vor allem, wenn damit die Lösung von am Wortlaut haftendem Gesetzesverständnis gemeint ist, zutrifft, ansonsten aber von zweitrangiger Bedeutung ist¹⁰³.

Die Tatsache der Verbundenheit von Prinzipien, die ja ihre Entstehung weitgehend der Kasuistik verdanken, mit den zu beurteilenden Fällen erklärt ihre inhaltliche Geschlossenheit. Das bewirkt ihre gedankliche innere Kohärenz. Dank eben dieses inneren Zusammenhaltes ihrer Aussage sind Prinzipien in der Rechtspraxis anwendbar¹⁰⁴, wenn es zu dieser Anwendbarkeit auch einer besonderen Denkkoperation¹⁰⁵ bedarf.

2. Inhaltliche Kohärenz und besondere Allgemeinheitsstufe der Rechtsprinzipien

Der Schlüssel zum Verständnis der Besonderheit von Prinzipien hinsichtlich ihrer Allgemeinheit und damit – wie schon früher dargetan¹⁰⁶ – zu ihrem wesentlichen Unterschied zu noch allgemeineren Rechtsgedanken liegt in ihrer inhaltlichen Kohärenz, die ihrem Werden aus und ihrer bleibenden Verbindung zur Kasuistik entspringt. Das Prinzip ist allgemein im Sinne der umschriebenen Anerkanntheit durch einen der möglichen Träger dieser Anerkennung¹⁰⁷. Seine inhaltliche Geschlossenheit im Sinne der Wahrung indirekter Anwendbarkeit beschränkt aber das mögliche Ausmass seiner Allgemeinheit. Verliert das Prinzip durch zu weit gehende Verallgemeinerung seine indirekte Anwendbarkeit, dann verliert es auch seine inhaltliche Kohärenz und, selbst wenn es zugleich seine Anerkanntheit bewahrt, geht es dadurch seines Rechtsgrundsatzcharakters verlustig und kann nur mehr als allgemeiner Rechtsgedanke fortbestehen¹⁰⁸.

101 Vgl. in diesem Sinne schon oben S. 10, vor Anm. 26, S. 12, bei Anm. 41, und S. 13, vor Anm. 49.

102 So schon oben S. 10, nach Anm. 26.

103 Vgl. dazu unten S. 84/5, lit. A.

104 Zur indirekten Anwendbarkeit schon oben S. 13/4, nach Anm. 51.

105 Vgl. zu dieser Denkkoperation ausführlich unten S. 101 ff., 2. Abschnitt.

106 Vgl. dazu oben S. 11 ff., Ziff. 2., und S. 13/4, Ziff. 3.

107 Diese Anerkennung ist aber nur ein zusätzliches Moment zum Begriffsminimum der Allgemeinheit; vgl. oben S. 18, Ziff. 1.

108 Ebendiese inhaltliche Kohärenz macht es übrigens unmöglich, die Gerechtigkeit als Rechtsprinzip zu verstehen. Man könnte sie sich vielleicht als allgemeinsten Rechtsgedanken vorstellen, aber nicht als Prinzip. Wie immer man sie auch umschreiben möchte, steht eines unverrückbar fest: Gerechtigkeit ist nicht anwendbar, auch nicht indirekt! Der Begriff der Gerechtigkeit enthält dafür zu viele inhaltlich ganz verschiedene Aussagen; er ist gewissermassen ein Sammelbecken für die Gerechtigkeitsvorstellungen einer Epoche,

Die Art resp. das Ausmass des Abstandes zu den denkbaren zu beurteilenden Lebenserscheinungen macht demnach die besondere Allgemeinheitsstufe der Prinzipien aus. In der Feststellung dieser Allgemeinheit, die immer zugleich mit der indirekten Anwendbarkeit gekoppelt ist, liegen zwei Denkvorgänge begründet, die für alle Rechtsgrundsätze gelten und in der einen oder anderen Weise immer ablaufen: Es ist dies einerseits der Vorgang der Loslösung des gedanklichen Gehaltes eines Prinzips von der Kasuistik, seine Verallgemeinerung; anderseits muss das Prinzip bei seiner Anwendung, weil sie eine indirekte ist, wieder an den zu beurteilenden Fall herangetragen werden oder mit anderen Worten wieder mit ihm "zusammenwachsen".

Weil die Allgemeinheit der Rechtsgrundsätze ihrer indirekten Anwendbarkeit wegen eine besondere ist und weil der Terminus der Allgemeinheit nach den bisherigen Ausführungen offenbar zu unpräzise ist, um weiter mit ihm arbeiten zu können, sollen nunmehr Begriffe eingeführt werden, welche die Verallgemeinerung und die Rückführung aus der Allgemeinheit bei der Anwendung und somit die beiden Vorgänge des Denkens im Zusammenhang mit Prinzipien besser wiedergeben.

D. Abstrahierung und Konkretisierung als Denkoperationen im Zusammenhang mit Rechtsgrundsätzen

1. Einleitende Bemerkungen

Prinzipien entstehen meist durch Loslösung ihrer Aussagen von den zu beurteilenden Fragen und von unmittelbaren Tatbestand-Rechtsfolge-Relationen. Sie werden auf der anderen Seite indirekt zur Anwendung gebracht, indem sie mit Fällen und unmittelbaren Tatbestand-Rechtsfolge-Beziehungen wieder in Verbindung gesetzt werden. Genau diese Abläufe können mit dem Begriffspaar von "Abstraktion" und "Konkretion" erfasst werden. Sie beschreiben zwei normalerweise zusammengehörige und gegenläufige Vorgänge geistiger Tätigkeit bei der

sobald man ihn aufzugliedern beginnt. So wird denn auch häufig vom Gerechtigkeitsgedanken gesprochen. Noch besser wäre es wohl, die Gerechtigkeit als eine Willensrichtung zu erfassen; vgl. dazu unten S. 50/1, Ziff. 1. Dann kann man mit Troller, S. 215, Anm. 9, den Zweck oder die Aufgabe des Rechts in der Verwirklichung der Gerechtigkeit in der menschlichen Gemeinschaft sehen. Dann kann man auch die Anwendungen von Prinzipien auf die Frage untersuchen, ob sie gerecht sind. Diese Frage wird nämlich auch zu stellen sein, weil Prinzipien in ihrer Allgemeinheit durchaus eine Tendenz zur Verabsolutierung in sich tragen, die in ihre Schranken gewiesen werden muss; vgl. dazu unten S. 31/2, Ziff. 2., und bes. S. 98/9, lit. B.

Diskussion ein und desselben Gegenstandes. Sie sollen nun für die geistigen Tätigkeiten im Zusammenhang mit Prinzipien eingeführt werden.

2. Ein etymologischer Ausflug

a) Zur Abstraktion

Das lateinische Wort "trahere" bedeutet soviel wie ziehen, schleppen oder zu etwas hinleiten. Dementsprechend bedeutet es in der Verbindung mit der Vorsilbe "ab(s)" zu Deutsch weg- oder abziehen. In der Partizipialform der Vergangenheit ist das "abstractum" ein Weggezogenes¹⁰⁹. In deutschsprachigen Nachschlagewerken¹¹⁰ wird das Verbum "abstrahieren" wiedergegeben mit Bedeutungen wie abziehen, absehen von etwas, gedanklich verallgemeinern(!) oder zum (abgelösten) Begriff erheben. "Abstrakt" ist demnach das Abgezogene, das Allgemeine oder das begrifflich Verallgemeinerte, und die "Abstraktion" ist die abziehende Begriffsbildung, die gedankliche Abziehung oder inhaltliche Verallgemeinerung(!).

b) Zur Konkretion

"crescere" heisst im Lateinischen – in Ableitung von einer alten Göttin des pflanzlichen Wachstums¹¹¹ – (auf)wachsen oder zunehmen. Das Wort "con-crescere" heisst demnach wörtlich zusammenwachsen und erfährt Anwendung in Bedeutungen wie sich verdichten oder sich bilden. "concretum" ist dann das Verdichtete, eine "concretio" die Verdichtung¹¹². In der deutschen Sprache sind die Ursprünge weitgehend erhalten geblieben¹¹³. "Konkret" trifft man als zusammengewachsen, verwirklicht oder auch greifbar, die "Konkrektion" oder "Konkretisierung" als die Zusammenwachsung, die Verdichtung, die Verdeutlichung oder auch einfach als Gegensatz(!) zur Abstrahierung.

109 Vgl. zu den lateinischen Ursprungsbedeutungen Langenscheidt, Taschenwörterbuch der lateinischen und deutschen Sprache, 5. Auflage 1967, unter den im Kontext angeführten Stichwörtern.

110 Vgl. zu den deutschsprachigen Verwendungen der im Kontext angeführten Ausdrücke Der Neue Brockhaus, Lexikon und Wörterbuch in fünf Bänden, Wiesbaden 1968, unter den entsprechenden Stichwörtern; ferner Der Grosse Duden, Bd. 5, Fremdwörterbuch, 2. Auflage, Mannheim 1966, unter den entsprechenden Stichwörtern.

111 Nämlich die schon bald mit der griechischen Demeter gleichgesetzte Ceres.

112 Vgl. zu den lateinischen Ursprüngen Langenscheidt (zit. Anm. 109) unter den entsprechenden Stichwörtern.

113 Vgl. zu den Verwendungen in der deutschen Sprache Der Neue Brockhaus und Duden (beide zit. Anm. 110) unter den entsprechenden Stichwörtern.

c) Folgerung: Mangelnde Präzision beider Ausdrücke

In der Weise, wie sie soeben eingeführt worden sind, sind die zwei neuen Begriffe zwar noch sehr verschwommen. Sie eignen sich dennoch zu einer ersten Umschreibung der beiden Operationen, welche die von der inneren Kohärenz verursachte besondere Allgemeinheitsstufe von Rechtsprinzipien zur Folge hat. Dennoch muss darauf hingewiesen werden, dass beide Begriffe in Anbetracht der verschiedenen Arten von Prinzipien¹¹⁴ und im Interesse einer präzisen Erfassung der geistigen Tätigkeit bei ihrer Anwendung¹¹⁵ zur gegebenen Zeit¹¹⁶ ausführlicher Analyse bedürfen, um sie nachträglich wieder als Vorgänge im Zusammenhang mit Prinzipien verwenden zu können¹¹⁷. Allein deshalb wurden die Ausführungen über die reichlich verschwommenen sprachlichen Ausdrücke schon hier so ausführlich ausgebreitet.

3. Abstrahierung und Konkretisierung bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Das neue Begriffspaar soll jetzt für die Vorgänge im Umfeld der besonderen Allgemeinheitsstufe von Prinzipien gebraucht werden. Die Zusammengehörigkeit beider Vorgänge als Folge der inneren Kohärenz der Prinzipien und ihres besonderen Abstandes von den zu beurteilenden Fällen ergibt das wichtigste Abgrenzungskriterium der Grundsätze zu den allgemeinen Rechtsgedanken. Abstraktion oder Loslösung vom Fall kann nämlich so weit getrieben werden, dass die erreichten Abstrakta jeglichen Bezug zu den Lebenserscheinungen insofern verlieren, als sie an letzteren unmöglich mehr entdeckt oder "verwirklicht" gefunden werden können¹¹⁸. Die Abstraktion verliert dann den Zusammenhang mit einer ihr reziproken und einheitlichen geistigen Operation der Konkretisierung. Solche Abstrakta sind nicht mehr mit einer einheitlichen Denkopoperation konkretisierungsfähig. Es handelt sich dann um allgemeine Rechtsgedanken¹¹⁹, die normalerweise auch nicht zum Zwecke der Anwendung geschaffen werden und insofern der Konkretisierung gar nicht bedürfen.

114 Vgl. dazu unten S. 27 ff., § 2, und S. 77 ff., lit. C.

115 Vgl. dazu unten S. 103 ff., § 6.

116 Vgl. dazu unten S. 106 ff., § 7.

117 Vgl. dazu unten S. 121 ff., § 8.

118 Vgl. dazu schon oben S. 11 ff., Ziff. 2., und S. 13/4, Ziff. 3.

119 Das gilt nur, sofern sie die allgemeine Anerkanntheit genießen, die dazu nötig ist und die sie mit Prinzipien gemeinsam haben. Diese Eigenschaft wird stillschweigend beinhaltet sein, wo von allgemeinen Rechtsgedanken oder Prinzipien die Rede ist. Vgl. im übrigen zur Anerkanntheit oben S. 19/20, Ziff. 3.

E. Der Begriff des Prinzips

Prinzipien treten durch den gedanklichen Vorgang der Abstraktion in das Bewusstsein. Sie bleiben aber, um ihren Charakter als Prinzip zu behalten, auf einer Stufe der Verallgemeinerung stehen, auf der ihnen – im Gegensatz zu noch allgemeineren Rechtsgedanken¹²⁰ – die Möglichkeit gewahrt bleibt, in der Rechtsanwendung indirekt und mittels einer einheitlichen Operation des Denkens zum Zuge zu kommen. Indirekt werden sie insofern angewendet, als es dazu einer umgekehrten Denkoperation zu ihrer Abstraktion bedarf. In der Wahrung ihrer indirekten Anwendbarkeit besteht die Konkretisierungsfähigkeit von Prinzipien des Rechts; weil die genannte Denkoperation zu ihrer Anwendung auf Fälle unverzichtbar ist, sind sie zugleich konkretisierungsbedürftig. Die besondere Verallgemeinerungsstufe der Prinzipien ist Folge der unerlässlichen und notwendigen *Kombination* von Abstrahierung des Prinzips selbst und Konkretisierung (Konkretisierungsfähigkeit und im Falle ihrer Anwendung Konkretisierungsbedürftigkeit). Die unverzichtbare Verbindung beider Denkvorgänge zeichnet das Prinzip gegenüber allen anderen allgemeinen rechtlichen Aussagen aus. Darin besteht ihre grösste Eigenheit.

Das erlaubt folgende Definition des *Begriffes*: Prinzipien sind verallgemeinert formulierte rechtliche Aussagen, die breite *Anerkennung* bei einem der dafür zuständigen Träger geniessen und deren Abstraktheitsgrad sich dadurch auszeichnet, dass er begriffsnotwendig mit ihrer *Konkretisierungsfähigkeit* (und im Falle ihrer *indirekten* Anwendung mit der *Konkretisierungsbedürftigkeit*) *kombiniert* ist. Fällt die Abstraktion noch verallgemeinernder aus, verliert ihr Resultat die Konkretisierungsfähigkeit und geht damit der Kombination von Abstraktion und Konkretion verlustig. Dann haben wir kein Prinzip, sondern einen allgemeinen Rechtsgedanken vor uns. Fehlt die Anerkennung, handelt es sich um unentschiedene Streitfragen oder Postulate. Fehlt die Verallgemeinerung, liegt ein direkt anwendbarer Rechtssatz vor.

120 Die Abstraktion kann einseitig ohne Rücksicht auf die Konkretisierungsfähigkeit vorwärtsgetrieben werden. Das geschieht bei der Formulierung allgemeiner Rechtsgedanken; vgl. dazu soeben S. 24, Ziff. 3.

VI. Resultate: Das Charakteristische am Gesprächsgegenstand "Rechtsgrundsatz"

Rechtssätze sind direkt anwendbar; Rechtsprinzipien dagegen nur indirekt und sie bedürfen dazu einer besonderen geistigen Tätigkeit. Postulate sind Wünsche; allgemeine Rechtsgedanken und Prinzipien sind von dazu zuständigen Trägern anerkannt. Allgemeine Rechtsgedanken und Grundsätze enthalten rechtliche Aussagen in einer weiten Fassung; das hebt sie von allgemeinen Gedanken schlechthin ab. Allgemeine Rechtsgedanken werden in meist konstruktiver Weise so weit verallgemeinert, dass sie auch keine Konkretisierungsfähigkeit im Sinne indirekter Anwendbarkeit mehr besitzen. Sie sind nur noch abstrakt; das unterscheidet sie von den begriffsnotwendig konkretisierungsfähigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Die innere Kohärenz der Aussage eines Prinzips lässt nur eine bestimmte Stufe seiner Allgemeinheit zu. Dieser besonderen Abstraktheit entspricht die unverzichtbare Kombination von Abstraktion mit zugehöriger Konkretion bei den Prinzipien. Die Möglichkeit ihrer indirekten zukünftigen Anwendung mittels einer einheitlichen Denkopoperation (Konkretisierungsfähigkeit) und die Notwendigkeit dieser besonderen geistigen Tätigkeit im Falle ihrer indirekten Anwendung auf Tatbestände (Konkretisierungsbedürftigkeit) sind ihre wesentlichsten Eigenschaften. Der Vorgang der Konkretisierung muss aber noch differenzierend analysiert werden, weil der sprachliche Ausdruck zu vieldeutig ist.

Vom entwickelten Begriff des Prinzips oder Grundsatzes wird für den weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit ausgegangen.

§ 2 ARTEN VON PRINZIPIEN DES RECHTS

I. Vorbemerkungen

A. Allgemeines

Ausgehend von der entwickelten Definition des Begriffes¹ werden andere in der Lehre vertretene Verwendungsarten der Ausdrücke Prinzip oder Grundsatz² nicht weiter verfolgt. Sie würden sich m.E. aber alle einer der weiteren aufgeführten Gruppierungen³ zuordnen lassen⁴. Das entwickelte Kriterium der begriffsnotwendigen Kombination der Abstraktheitsstufe mit der Konkretisierungsfähigkeit durch eine einheitliche Denkoperation hat m.E. den Vorteil, nicht mehr zwischen ganz verschiedenen Gebilden unter dem Namen Prinzip unterscheiden zu müssen. Entweder ist ein Prinzip Gegenstand der Betrachtung und hat diese wesensnotwendige Eigenschaft, oder der Gegenstand kann ausgeschlossen werden.

B. Zur Mannigfaltigkeit der möglichen Einteilungskriterien für Prinzipien des Rechts

Innerhalb des Begriffes vom Prinzip lassen sich verschiedene weitere Unterteilungen denken. Ausführlich werden solche Varianten in dem fundamentalen Werk von J. Esser⁵ dargelegt. Im folgenden wird aber nicht dem Aufbau in diesem Werk gefolgt, sondern es werden einige Einteilungsraster entwickelt und kurz beleuchtet. Dabei erfolgt jedoch eine zweifache Beschränkung: Erstens besteht kein Anspruch, alle denkmöglichen oder auch nur alle gebräuchlichsten Einteilungen vollständig und abschliessend zu erörtern; zweitens ist die Auswahl der Varianten, die zur Rede kommen werden, im Hinblick auf ihre Aussagekraft für Art. 2 ZGB und seine beiden Absätze vorzunehmen⁶. Dennoch werden einige der Ein-

1 Vgl. oben S. 25, lit. E.

2 Z.B. die Verwendung des Ausdruckes bei Saladin, Fairness.

3 Vgl. oben S. 8 ff., Ziff. II., III. und IV.

4 Das sog. Prinzip der Fairness müsste m.E. den allgemeinen Rechtsgedanken zugeordnet werden.

5 Vgl. die genauen Angaben zu dem Buch im Literaturverzeichnis.

6 Aus dieser zweiten Beschränkung folgt auch der Verzicht darauf, Vergleiche mit der Bedeutung von Prinzipien in Rechtskreisen ohne Kodifikationen (anglo-amerikanischer Rechtsbereich) anzustellen. Zur Wirksamkeit von Prinzipien in solchen Rechtskreisen kann wiederum auf das Werk von Esser verwiesen werden.

teilungskriterien nur wenig zu diesem Artikel aussagen. Andere dagegen werden kategoriale Unterschiede der beiden Absätze hervortreten lassen.

II. Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach der rechtstechnischen Stufe

Ein denkbares Kriterium für die Unterteilung der Rechtsgrundsätze wäre die Hierarchie der Erlassformen eines föderalistischen Rechtsstaates⁷. Dieser Bezugspunkt könnte für allgemeine Rechtsgrundsätze, die nicht sehr anschaulich sind und auf komplizierten Pfaden erarbeitet werden, von gewisser Bedeutung sein⁸. Um als Prinzipien die notwendige allgemeine Anerkanntheit⁹ zu haben, ist den betreffenden Gedanken normalerweise eine intensive "geistige Überzeugungskraft"¹⁰ zu eigen¹¹. Diese bestimmte Selbstevidenz des prinzipiellen Gedanken Inhaltes setzt sich aber unter anderen Bedingungen als ihrer Festlegung auf einer spezifischen Stufe der Normenhierarchie und kraft ihres Überzeugungsvermögens durch.

Als Einteilungsraster für die Arten der Prinzipien sind die verschiedenen staatlichen Erlassformen schon nach diesen kurzen Erwägungen auszuschneiden. Die Betrachtungsweise wäre zu formal und würde keine weiter zu nutzende Differenzierungsmöglichkeit schaffen. Es wird sich aber später und in anderem Zusammenhang zeigen, dass die Zuordnung eines Prinzips zu einer bestimmten Stufe innerhalb der Rechtsordnung – wenn auch nicht als Einteilungskriterium – doch von erheblichem Gewicht für seine Praktikabilität ist¹².

7 Bundesverfassung, Bundesgesetz, Bundesbeschluss, kompetenzgemässe Bundesverordnung; kantonale Abstufungen der Erlassformen unter Rücksichtnahme auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts usw.; vgl. zur Hierarchie der Erlassformen und ihrer rechtsstaatlichen Bedeutung ausführlich Fleiner/Giacometti, S. 66 ff., 83 ff., 92 ff., 118 ff.; ferner Giacometti, Staatsrecht, S. 54 und 74 ff.

8 Die Einstufung in der Normenhierarchie könnte dann eine gewisse Sicherheit der Argumentation verschaffen.

9 Vgl. dazu oben S. 18 ff., lit. B.

10 Vgl. diese Formulierung bei Huber, Verhältnismässigkeit, S. 19.

11 Vgl. dazu schon oben S. 13, nach Anm. 49.

12 Vgl. dazu unten S. 88 ff., Ziff. IV., V. und VI.

III. Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach rechtlich erheblichen Sachbereichen

A. Umschreibung des Einteilungskriteriums

1. Allgemeines

Normalerweise sind es die Lebensverhältnisse selbst, die ihrer unermesslichen Fülle zum Trotz die besten Anknüpfungspunkte für eine Einteilung des Rechts abgeben. Menschen, Sachen und ihre im Tatsächlichen liegenden Gruppierungen¹³ geben erste Anhaltspunkte; die Beziehungen zwischen Menschen, Sachen und einzelnen ihrer Gruppen zueinander¹⁴ legen weitere sachliche Einteilungen nahe. Das Recht muss sich an diesen Gegebenheiten ausrichten. Sie haben einen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsordnung¹⁵. A. Troller hebt eindrucksvoll hervor¹⁶, wie sehr sich das schweizerische ZGB in seinem Aufbau an diesen Gegebenheiten ausrichtet.

Der Gedanke liegt nahe, auch die Prinzipien des Rechts nach diesen sachlichen Bereichen auseinanderzuhalten, soweit das nur möglich ist. Dieser Weg wurde und wird denn auch immer wieder beschritten. Als Beispiele seien hier nur die Prinzipien des Sachenrechts¹⁷, diejenigen des Fahrnispfandrechts¹⁸ oder die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit¹⁹ in Erinnerung gerufen²⁰. Der Beispiele wären noch viele.

2. Die Einteilung in öffentliches und privates Recht im besonderen

Wenn sich diese Trennung im einzelnen nicht bis ins letzte präzise vollziehen lässt, tut das der Einteilung der Rechtsordnung in diese beiden grossen Bereiche keinen Abbruch. Sie ist dennoch sinnvoll, "weil die Rechtsordnung die Belange der Gemeinschaften und die Verhältnisse der einzelnen regelt"²¹. Zur Abgrenzung

13 Z.B. Geschlechter, Stämme, Mobilien, Immobilien; vgl. ausführlicher dazu Troller, S. 61 ff., 69/70, 76 ff.

14 Z.B. Ehe, Schuldverträge, Gesellschaftsverhältnisse, Nutzungsverhältnisse an Sachen; vgl. ausführlicher dazu Troller, S. 78 ff.

15 Vgl. dazu unten S. 33/4, Ziff. 2., und S. 53 ff., Ziff. III.; ferner S. 77/8, lit. c.

16 Vgl. dazu Troller, S. 77.

17 Vgl. dazu Meier-Hayoz, Sachenrecht, Syst. Teil, N 21 ff.

18 Vgl. dazu Oftinger, Fahrnispfand, N 25 ff.

19 Vgl. dazu Fleiner/Giacometti, S. 31 ff.

20 Es braucht hier nicht weiter überprüft zu werden, ob all diese genannten Prinzipien auch Grundsätze im hier vertretenen Sinne sind; die meisten sind es bei nur kurzer Betrachtung gewiss.

21 Vgl. Troller, S. 124.

der beiden Begriffe darf auf die diesbezüglichen Ausführungen der Lehre verwiesen werden²².

Wesentlich ist es an dieser Stelle zu vermerken, dass es nicht nur allgemeine Lehren für beide Bereiche getrennt gibt und nicht nur in beiden Bereichen allgemeine Teile der Regelungen denkbar sind²³, sondern dass im öffentlichen und im Zivilrecht durchaus verschiedene Grundsätze bestehen und von Bedeutung sind²⁴. Das hat seine Ursache darin, dass die jeweiligen Regelungen eben ganz verschiedene Lebensbereiche anvisieren. Natürlich sind theoretisch Prinzipien denkbar, die gleichermassen in beiden grossen Teilen der Rechtsordnung gelten. Ein solches Prinzip sollte aber nur mit Zurückhaltung und nach allseitigen Abklärungen angenommen werden.

B. Würdigung des Einteilungskriteriums

1. Grosse Bedeutung im allgemeinen

Prinzipien, die in der umschriebenen Weise auf sachlich klar begrenzte Bereiche bezogen sind, haben ganz erhebliche Vorteile im Vergleich zu Grundsätzen mit noch weiterem Geltungsanspruch. Auf der einen Seite ist bei ihnen die inhaltliche Kohärenz und folglich die Bewahrung ihrer Konkretisierungsfähigkeit²⁵ meistens bleibend vorhanden. Andererseits besteht für sie aus den gleichen Gründen nicht zu schnell die Gefahr, dass sie sich durch konstruktive Verallgemeinerungen vom anwendbaren Grundsatz in allgemeine Rechtsgedanken verwandeln²⁶. Grösster Vorteil ist aber, dass von vornherein der sachliche Bereich ihrer möglichen Konkretionen deutlich beschränkt ist, was ihrer Praktikabilität Vorschub leistet.

22 Vgl. z.B. Huber, N 19 zu ZGB 6; ferner Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 79/80, 91 ff., 103 ff., 112 ff.

23 Vgl. zur Frage der Existenz und Tragweite eines allgemeinen Teils des schweizerischen Zivilrechts Friedrich, N 5 ff., bes. N 6, 41, 70 zu ZGB 7; ferner Ott, S. 87, vor Ziff. 5., zur Bedeutung sog. allgemeiner Teile.

24 Das ist an und für sich unbestritten; vgl. z.B. Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 204/05; Sameli, S. 293; ferner ausdrücklich Picot, S. 179 ff.

25 Sie gehört zu den begriffsnotwendigen Elementen des Prinzips; vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

26 Vgl. dazu oben S. 24, Ziff. 3.

2. Gefahren der Ausdehnung über den angestammten Sachbereich hinaus

a) Im allgemeinen

Jede Ausdehnung der Geltung eines Prinzips über seinen angestammten rechts-erheblichen Sachbereich hinaus birgt Gefahren in sich. Abgesehen von der Möglichkeit einer Verpflanzung in eine unpassende Umgebung²⁷ besteht wie bei jeder Verallgemeinerung die Gefahr inhaltlicher Verwässerung, eines Verlustes an Gehalt und Aussagekraft, die auch im Wege der Konkretisierung nicht mehr wettgemacht werden kann. Im schlechtesten Fall könnte das zum Verlust der für Prinzipien begriffsnotwendigen Konkretisierungsfähigkeit führen, indem sich die allgemeine Aussage in einen allgemeinen Rechtsgedanken, welcher der Anwendung nicht mehr fähig wäre, wandeln würde.

Es gilt zu beachten, dass sich hinter sog. "analoger" oder "übertragener" Anwendung eines Grundsatzes schnell eine solche Umformung ereignen kann, ohne dass dies kontrolliert geschehen würde und aus den verwendeten Bezeichnungen deutlich hervorginge. Das hat dann vielleicht Rückwirkungen auf den angestammten Anwendungsbereich des betreffenden Prinzips und verwässert auch dort seine inhaltliche Bedeutung und seine Tauglichkeit. Das würde eine Rechtsunsicherheit schaffen, die bei präziser Arbeit im Umgang mit Grundsätzen vermieden werden könnte.

b) Bei Übertragung von Prinzipien des Zivilrechts auf das öffentliche Recht im besonderen

Der ausserordentlich grosse Anwendungsbereich eines für das ganze Zivilrecht geltenden Prinzips mag eine Übertragung auf das öffentliche Recht verführerisch nahelegen²⁸. Diese Tendenz wird noch dadurch unterstützt, dass die wissenschaftliche Bearbeitung und Durchdringung des Zivilrechts bis heute einen Vorsprung gegenüber derjenigen des öffentlichen Rechts aufweist²⁹. Bei präzisen und auf das Mögliche beschränkten Übernahmen und gleichzeitiger Berücksichtigung der Zusammenhänge, Eigenheiten und besonderen Grundsätze des öffentlichen Rechts kann aus dem genannten Grund eine Übertragung eines zivilrechtlichen Grundsatzes ins öffentliche Recht angebracht sein. All die genannten Gefahren der Ausdehnung des Anwendungsbereiches³⁰ eines Prinzips potenzieren sich aber bei der Über-

27 Vgl. dazu die Hinweise unten S. 95 ff., § 5, zum Systemgedanken.

28 Vgl. dazu im einzelnen Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 122 ff.

29 Vgl. dazu Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 131/32; ferner Diskussionsvotum Kölz zum Thema Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 96 II, 1977, S. 453/54.

30 Vgl. dazu soeben S. 31, lit. a.

tragung solch allgemeiner Inhalte, wie sie ein für das ganze Zivilrecht geltender Grundsatz notwendigerweise darstellt³¹.

IV. Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach ihrem Erkenntnisgrund

A. Einleitende Bemerkungen

Die Einteilung nach Massgabe der Erkenntnisgrundlage fragt nach dem Geltungsgrund eines Prinzips. Diese Frage wird aber nicht im Sinne eines normhierarchischen Zuordnungsproblems gestellt³², sondern es steht dabei die Herleitung des Geltungsanspruches eines Grundsatzes, wie er in unserer Epoche und für unser Recht³³ anerkannt ist, im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt wird sich die Herleitung eines Prinzips aus der positiven Rechtsordnung als eine mögliche und wichtige³⁴ Quelle seines Geltungsanspruches herausstellen, ohne dass eine Unterscheidung nach legeshierarchischen Stufen nötig wäre. Es soll aber betont werden, dass sich die folgende Untersuchung auf die Einteilung der Prinzipien nach ihrem Geltungsgrund beschränkt. Weitere Folgerungen werden daraus nicht gezogen werden dürfen.

B. Vorgegebene Prinzipien (Axiomatische Prinzipien)

1. Allgemeines

Eine Denkkategorie unter der Bezeichnung, sie beschreibe vorgegebene Prinzipien, könnte in den uralten Streit zwischen einer der verschiedenen Naturrechtslehren³⁵ und einem reinen Rechtspositivismus³⁶ und damit in eine der Grund-

31 Vgl. dazu unten S. 210 ff., lit. A.; auch noch S. 314 ff., lit. A.

32 Vgl. dazu oben S. 28, Ziff. II., und den Verweis S. 28, Anm. 12.

33 In einer Arbeit über Art. 2 ZGB entfallen daher hinsichtlich des Geltungsanspruches rechtshistorische Vergleichen.

34 Dies aus dem einfachen Grunde, dass im besonderen Teil Art. 2 des ZGB betrachtet werden wird.

35 Mag man die Herleitung direkt aus den Regeln der Natur, wie die antike und vor allem die vorsokratische griechische Philosophie, die Legitimation aus der Heiligen Schrift und den Worten der Kirchenväter, wie die Vertreter eines christlichen Naturrechts, oder die menschliche Vernunft nach der Art des Rationalismus zur Erkenntnisquelle eines irgendwie gearteten Naturrechts erheben, so ist all diesen Lehren doch gemeinsam, dass sie die Rechtsordnung selbst in gewissen Massen vorfixiert für den Menschen halten.

36 Allein massgebend sind einem reinen Positivismus – etwa im Sinne Kelsens – Gesetzes-

fragen rechtsphilosophischer Betrachtung³⁷ hineinführen. Die dabei zu stellende Frage, ob die Rechtsordnung als Ganzes oder zumindest in ihren Grundzügen dem Menschen vorbestimmt gegeben sei, oder ob er sie nach seinem Willen in freier Verfügung formen könne und solle, hat die Rechtswissenschaft tatsächlich „als unvermeidlich Vorgegebenes hinzunehmen“³⁸. Sie braucht aber im folgenden nicht weiter verfolgt zu werden, da sich auch ohne ihre klare Beantwortung in bestimmter Art und Weise vorgegebene Prinzipien unserer bestehenden Rechtsordnung feststellen lassen. Ob diese Art von Prinzipien über unsere Rechtsordnung hinaus überall Gültigkeit beanspruchen dürfen³⁹, muss daher nicht weiter verfolgt werden.

2. Der Anknüpfungspunkt des Vorgegebenseins

Gewisse Lebenserscheinungen sind in rein phänomenologischer Betrachtung⁴⁰ ihrem Wesen nach der Rechtsordnung für ihre Regelung vorgegeben⁴¹. Diese „unumgänglichen Grundlagen und Elemente“ im Bereich der tatsächlichen Phänomene sind es, „auf und aus denen die Ordnung zu fügen ist“⁴². Sie sind allem Recht schlechthin vorgegeben. Aus der Beschränkung auf die geltende schweizerische Rechtsordnung ergeben sich weitere Lebenserscheinungen, welche dem Recht durch den gemeinsamen Nährboden abendländischer Kultur- und Lebensweise als vorgegeben zu betrachten sind⁴³.

Wenn nun solchen ihrem Wesen nach vorgegebenen Lebenserscheinungen auf der Ebene der Rechtsordnung zwar abstrakte, aber dennoch konkretisierungsfähige allgemeine Richtlinien nachgebildet sind, so soll in diesem Sinne von *vorgegebenen* Rechtsgrundsätzen gesprochen werden. Die Tatsache, dass diese Prinzipien der Rechtsordnung schon vorgegebenen Phänomenen⁴⁴ nachgeformt sind, verleiht ihnen in besonders ausgeprägter Weise jene Selbstevidenz, die schon mehrfach

treue und Konstruktion allen Rechts als Kompetenzordnung, was den Willen des Gesetzgebers theoretisch völlig löst von irgendwelchen Bindungen.

37 Vgl. als Überblick zur Naturrechtsproblematik in straffer Form und mit manchen weiteren Hinweisen Troller, S. 140 ff.

38 Vgl. Troller, S. 142.

39 Vgl. für eine Untersuchung überall gültiger Prinzipien das Werk von Troller; genauere Angaben zu diesem Buch im Literaturverzeichnis.

40 Vgl. ausführlich zur Methode der Phänomenologie im Sinne Edmund Husserls und der Anwendung dieser Methode in der Rechtswissenschaft das Werk von Troller. Er widmet das ganze Buch eigentlich dieser Methode und ihrer Anwendung auf die Rechtswissenschaft, wie sich besonders deutlich S. 5, vor Anm. 11, und S. 208, Anm. 11, erweist.

41 Vgl. dazu schon oben S. 29, Ziff. 1.

42 Vgl. Troller, S. 139.

43 Wir engen also den Bereich bewusst ein auf westeuropäische Verhältnisse und untersuchen für die Schweiz die vorgegebenen Strukturen in den Lebenserscheinungen.

44 Phänomene sind nichts anderes als Erscheinungen in der tatsächlichen Lebenswelt; vgl. etwa Der Neue Brockhaus unter dem Stichwort Phänomen.

angesprochen worden⁴⁵ und manchen allgemeinen Rechtsgrundsätzen eigen ist. Solche Rechtsgrundsätze sind also der konkreten Ordnungswahl des Rechts entweder ganz allgemein oder mindestens durch unseren Kulturbereich und die historische Entwicklungsstufe vorgegeben. In diesem Sinne gelten sie "von Haus aus"⁴⁶, ist ihre Geltung "der Rechtsordnung eigentümlich"⁴⁷ oder ist es möglich, dass sie auf den ersten Blick "keiner weiteren Begründung"⁴⁸ zu bedürfen scheinen. Nur diese Prinzipien sollten m.E. im Rahmen der kategorialen Dreiteilung der Prinzipien, wie sie *J. Esser*⁴⁹ vornimmt, als axiomatisch, was nichts weiter als unbestreitbar, zweifellos anerkannt und gewiss heisst⁵⁰, bezeichnet und gebraucht werden.

3. Folgerungen und Beispiele

a) Folgerungen

Erste und wichtigste Folgerung aus der Umschreibung der Eigenschaften vorgegebener allgemeiner Rechtsgrundsätze muss eine Mahnung zur Zurückhaltung für die Fälle sein, wo möglicherweise ein solches Prinzip vorliegt. Nur eine strenge Untersuchung des Wesens der zugrundeliegenden Lebenserscheinungen und der Übereinstimmung des fraglichen Prinzips mit diesen Phänomenen bewahrt davor, frühzeitig und ungerechtfertigt eine solche Richtlinie zum Axiom zu erheben. Erfolgt aber die Qualifizierung als vorgegeben mit der nötigen methodischen Sorgfalt, so wird dadurch — es sei nur nebenbei erwähnt — der Abgrenzung der Prinzipien gegenüber blossen Postulaten und v.a. gegenüber politischen Forderungen⁵¹ ein grosser Dienst erwiesen. Ideologische Streitigkeiten können bei klarer Betrachtung der Phänomene im allgemeinen und unseres Kulturbereiches im besonderen von der Untersuchung, ob ein Grundsatz vorgegeben sei oder nicht, mit Erfolg ferngehalten werden⁵².

Eine zweite Folgerung von Bedeutung besteht darin, dass diese Qualifikation eines Prinzips als der Rechtsordnung vorgegeben eine Regelung der dahinter stehenden Lebensverhältnisse, die es ja in Wahrheit sind, welche vorgegeben sind, im positiven Recht entgegen dieser Erkenntnis ausschliessen muss. "Wird das Vor-

45 Vgl. etwa oben S. 13, nach Anm. 49, und S. 28, nach Anm. 11.

46 Vgl. Huber, Verhältnismässigkeit, S. 19.

47 Vgl. Huber, Verhältnismässigkeit, S. 19.

48 Vgl. Esser, S. 100, aber auch S. 36/7 daselbst.

49 Vgl. zu dieser Einteilung Esser, S. 47–49 und 100/01.

50 Vgl. etwa Der Neue Brockhaus unter dem Stichwort Axiom.

51 Vgl. zu dieser Abgrenzung ausführlich oben S. 14 ff., Ziff. IV.

52 Vgl. dazu auch Troller, S. 4, 177/78, 183/84.

gegebene nicht beachtet, so stehen die Ergebnisse in Widerspruch mit der Wirklichkeit⁵³. Das ist an sich selbstverständlich.

Zum dritten kann es aber nicht gelingen, vorgegebene Prinzipien schlicht mit der Begründung ihres unmittelbaren Einleuchtens anwendbar zu machen. Sie bedürfen dazu im Herrschaftsbereich kodifizierten Rechts eines Begründungszusammenhangs aus dem geltenden Recht. Daran zeigt sich mit aller Deutlichkeit, dass wir uns in einer Unterscheidung nach dem Kriterium der Erkenntnisgrundlagen befinden. Auf den notwendigen Begründungszusammenhang wird zu gegebener Zeit zurückzukommen sein⁵⁴.

Weitere Schlüsse sollen aus der Existenz und den Eigenheiten vorgegebener Prinzipien nicht gezogen werden. Wir wollen uns nun einigen Beispielen zuwenden.

b) Beispiele

Obleich in anderen Kulturkreisen⁵⁵ nicht in dieser Form vorhanden, kann für den abendländisch-christlichen Teil der Menschheit ohne Zweifel von einem vorgegebenen Prinzip der Einehe gesprochen werden⁵⁶. Dieser Grundsatz ist so selbstverständlich, dass er, auch ohne in der Rechtsordnung ausdrücklich enthalten zu sein, Geltung beansprucht. Dennoch dürfte er als indirekte Normaussage⁵⁷ in Art. 120 Ziff. 1 ZGB enthalten sein, und auch das Erfordernis des Nachweises der Beendigung einer früheren Ehe⁵⁸ beim Wunsch nach Wiederverheiratung stellt wohl eine Ausprägung dieses Grundsatzes dar⁵⁹. Es kann also ohne weitere Bedenken gesagt werden, in unserer Rechtsordnung und im ganzen westlichen Kulturbereich existiere ein vorgegebenes, unbestreitbares und daher axiomatisch geltendes Prinzip der Einehe.

Als weiteres Beispiel eines vorgegebenen Prinzips soll das sog. Vertragsprinzip dargestellt werden. Auch bei der Behandlung "pathologischer Erscheinungen"⁶⁰, wo also ein Vertragsabschluss Mängel aufweist, bleibt unbestreitbar eine "Über-

53 Vgl. Troller, S. 138.

54 Vgl. dazu unten S. 84 ff., § 4.

55 Vgl. z.B. für den islamischen Kultur- und Rechtskreis Koran, 4. Sure, 3. Vers, entnommen der Übersetzung von R. Paret, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1979.

56 Auch geistige (Tat-)Sachen können selbstverständlich vorgegeben sein; vgl. dazu Troller, S. 69.

57 Vgl. ausführlich zur Figur der indirekten Normaussage Ott, S. 134 ff.

58 Vgl. Art. 101 ZGB.

59 Vgl. dazu die Ausführungen bei Tuor/Schnyder, S. 140 und 145, unter den das Prinzip der Einehe voraussetzenden Überschriften "Abwesenheit von Ehehindernissen" resp. "Ungültigkeit" formell geschlossener Ehen.

60 Vgl. Meier-Hayoz, Diss., S. 4.

einstimmung der Willen (...) die unaufhebbare Vorbedingung einer Verbindung’’⁶¹. Mit welchen Mitteln diese Übereinstimmung im Zweifelsfalle erzielt wird, ist damit in keiner Weise vorweggenommen. Die gegenseitige Einigung durch irgendeine Abstimmung der beteiligten Willen aufeinander ist dem Vertragsrecht aus den Lebenserscheinungen vorgegeben. Ohne Einigung in irgendeiner Art und Weise gibt es auf der Ebene der Phänomene keine gewillkürte Verbindung und in rechtlicher Betrachtung keinen Vertrag. Das schliesst keineswegs aus, dass die Einigung mangelhaft ist und diese Mängel der Behandlung bedürfen⁶². Soweit man diesen Lebensvorgängen der gegenseitigen Einigung ein rechtliches Prinzip entsprechen lassen will⁶³, wäre es das sog. Vertragsprinzip und es könnte als vorgegebenes qualifiziert werden^{64,65}.

Als letztes Beispiel seien einige Bemerkungen zum Privateigentum aus der Sicht der Phänomene angeführt. Eigentum und v.a. auch Privateigentum begegnet uns heutigen Betrachtern schon “auf den ältesten Stufen der Menschheit’’⁶⁶. Jeder Rechtsordnung ist die Tatsache persönlichen Verfügens über Güter auch ihrer positiven Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen wegen vorgegeben, sobald man nur dem “menschlichen Dasein eine Individualität beimisst’’⁶⁷, und “kein Staat vermag, das Eigentum an persönlichen Gütern auf die Dauer abzuschaffen’’⁶⁸. Dieser engen Beziehung von Personen zu Sachen im Reich der Lebenswirklichkeit entspricht auf rechtlicher Ebene die Statuierung eines Prinzips des Privateigentums. Ebenso deutlich ergeben sich daneben gemeinschaftliches Eigentum und weitere Einteilungen in Entsprechung zu den jeweils betrachteten Sachen aus den Lebenserscheinungen. In diesem Sinne ergeben sich “die Funktionen des Privateigentums’’⁶⁹ sowie seine fundamentale Bedeutung für die Rechtsordnung bei richtiger Betrachtung aus dem Wesen der menschlichen Lebenserscheinungen als zwingend vorgegeben. Ein Festhalten am Prinzip des Privateigentums erweist sich auch aus dieser Sicht als unerlässlich. Nur wo das Zusammenspiel von Freiheit des Privat-

61 Vgl. Troller, S. 81/2.

62 Vgl. dazu die Dissertation von A. Meier-Hayoz.

63 Im Rahmen der jetzigen Ausführungen ist dies zu bejahen.

64 Insofern würde Art. 1 Abs. 1 OR die Geschehnisse im Reich der Phänomene nur wiederholen. Im gleichen Sinne Schönenberger/Jäggi, N 207 der Vorbemerkungen zu OR 1 und N 38, 63 und 90 zu OR 1.

65 Insofern wäre der Meinung Ott's, S. 296, lit. e4 a.E., das Vertragsprinzip ermögliche planmässiges Verhalten, hinzuzufügen, dass solches Verhalten der Menschen dem Recht schon vorgegeben ist.

66 Vgl. dazu das umfangreiche Werk von Schmidt, wo für verschiedene sehr alte Kulturen immer auch die Untersuchung bezüglich Individual- oder Kollektiveigentum vorgenommen wird; ferner Bd. I, S. 35 ff., grundsätzlich zur Frage der Trägerschaft des Eigentums.

67 Vgl. Troller, S. 251, Anm. 12, unter Bezugnahme auf R. Reinhardt.

68 Vgl. Troller, S. 159.

69 Vgl. Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, S. 329/30.

eigentums und zugehöriger Selbstverantwortung nicht mehr funktioniert, „erweisen sich staatliche Schranken als notwendig“^{70, 71}.

C. In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien (Normative Prinzipien, Rechtsprinzipien im materiellen Sinne)

1. Der Anknüpfungspunkt des Enthaltenseins

In der Rechtsordnung enthalten ist, was ihr im Rahmen ihres Sinnes entnommen werden kann. Diese Sinnermittlung geht über die Ermittlung des rein sprachlichen Gehaltes⁷² hinaus und zielt darauf ab, den Gedankeninhalt des gesetzten Rechts zu finden⁷³. Daher kann ein Prinzip ausdrücklich im positiven Recht niedergeschrieben stehen, oder aber es muss mit den Mitteln der Auslegung, vielleicht gar durch eine Ergänzung des Gesetzes, aufgesucht werden. In beiden Fällen ist das Prinzip insofern im Gesetz enthalten, als letzteres seinen Erkenntnisgrund abgibt. Die beiden genannten Varianten des Enthaltenseins geben die Marschrichtung für das weitere Vorgehen an.

2. Ausdrücklich positivierte Prinzipien

Solche Prinzipien sind in der entsprechenden Norm *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht. Daher sind sie deutlich als Grundsätze zu erkennen. Wenn eine sehr allgemein gefasste Gesetzesnorm jenen Grad von Abstraktheit aufweist, wie wir ihn für Prinzipien typisch kennengelernt haben⁷⁴, dann hat man es mit einem in *verbis* im Gesetz selbst niedergeschriebenen Prinzip zu tun. In einem solchen Falle gibt der Gesetzestext selbst unzweideutig die Erkenntnisgrundlage für die

70 Vgl. Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, S. 332, mit ausführlicheren Erläuterungen.

71 Vgl. allgemein zu immer wiederkehrenden rechtlichen Gebilden, welche im Kontext auf das phänomenologisch Vorgegebene zurückgeführt werden, Gutzwiller, S. 21 und 23/4.

72 Vgl. bezüglich des sprachlichen Gehaltes die ausführliche Auseinandersetzung mit bloss möglichen oder sicheren Zuordnungen zu sprachlichen Ausdrücken bei Ott, S. 126–28, lit. c2, mit weiteren Hinweisen. Der Wortlaut hat aber auch eine begrenzende Funktion. Vgl. dazu Meier-Hayoz, Richter, S. 42: „Der Wortlaut hat danach eine doppelte Aufgabe: Er ist Ausgangspunkt für die richtige Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab. Vom Wortlaut hat der Richter auszugehen und durch den Wortlaut wird ihm der Raum abgegrenzt, innerhalb dessen seine Auslegung sich bewegen muss.“ Ferner Larenz, S. 309: „Eine Deutung, die nicht mehr im Bereich des möglichen Wortsinns liegt, ist nicht mehr Ausdeutung, sondern Umdeutung.“

73 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 134–36, 175 und 184 ff. zu ZGB 1.

74 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

Qualifizierung der allgemeinen Aussage als Rechtsgrundsatz ab. Mehrere ausdrücklich positiviert Prinzipien trifft an, wer die Gesetze auf der Suche nach ihnen durchblättert. Einige wenige seien mit ihren Fundstellen zusammengestellt: Das Billigkeitsprinzip mit seinen ausgeprägten Besonderheiten⁷⁵ geht für das schweizerische Privatrecht mit aller wünschenswerten Klarheit aus Art. 4 ZGB hervor; das Verschuldensprinzip als Grundsatz des Haftpflichtrechts steht ebenso deutlich in Art. 41 Abs. 1 OR als Haftungsprinzip festgeschrieben⁷⁶. Auf die beiden Absätze von Art. 2 ZGB und ihren Prinzipiengehalt wird später ausführlich eingegangen⁷⁷.

3. Der “ratio legis” teilhaftige Prinzipien

Das teleologische Element des Rechts, seine “legislativpolitischen Grundlagen”⁷⁸ resp. seine Ausrichtung auf Zwecke bewirken, dass der “lex” eine “ratio” zugrunde liegen muss. Wenn dieser insofern planmässigen Anlage eine grundsätzliche Aussage entspricht oder ihr mit anderen Worten entnommen werden kann, wollen wir von einem der ratio legis teilhaftigen Prinzip sprechen⁷⁹. Es kann sich im Rahmen der Auslegung⁸⁰ durch die Auswertung des teleologischen Elementes⁸¹ oder in der gesetzeseergänzenden Tätigkeit durch die Berücksichtigung der teleologisch-axiologischen Grundlagen des gesamten Regelungszusammenhangs⁸² herauskristallisieren. Auf dieser Erkenntnisgrundlage kommen m.E. auch die als Untergruppe zu erachtenden sog. institutionellen Prinzipien⁸³ zu ihrer Geltung. Für Beispiele sei einerseits auf die grundsätzliche Bemessung der Rechte und Pflichten des Aktionärs nach seiner Kapitalbeteiligung⁸⁴, anderseits auf das sachenrechtliche Traditionsprinzip⁸⁵ verwiesen.

Da in dieser Weise gefundene Prinzipien für die vorliegende Arbeit nicht weiter von Bedeutung sein werden, soll es mit diesen Ausführungen zu ihnen sein Bewenden haben.

75 Vgl. dazu unten S. 78 ff., Ziff. 2., und S. 126, lit. b.

76 Vgl. dazu Oettinger, Haftpflichtrecht, S. 138/39.

77 Vgl. dazu unten S. 141 ff., im besonderen Teil dieser Arbeit.

78 Vgl. Meier-Hayoz, N 192 ff., bes. N 195 zu ZGB 1.

79 Vgl. in ähnlichem Sinne Esser, S. 94; ferner wohl auch in diesem Sinne Meier-Hayoz, N 408/09 zu ZGB 1.

80 Die Abgrenzung der auslegenden zur lückenfüllenden Tätigkeit wird in der vorliegenden Arbeit so verstanden, wie sie von Meier-Hayoz, N 137 ff. zu ZGB 1, entwickelt worden ist; man beachte auch N 155 daselbst.

81 Vgl. zu diesem Element der Auslegung ausführlicher Meier-Hayoz, N 192 ff. zu ZGB 1.

82 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 346 ff. und 351 ff. zu ZGB 1, sowie v.a. auch den Hinweis N 199 daselbst.

83 Vgl. zu diesen Prinzipien ausführlicher Esser, S. 88, 104 und 158/59.

84 Vgl. dazu Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 258, N 53; ferner Forstmoser/Meier-Hayoz, S. 235/36, N 1 ff., und S. 256, N 1 ff.

85 Vgl. dazu Meier-Hayoz, Sachenrecht, Syst. Teil, N 32.

4. Abschliessende Bemerkungen zu den in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien

a) Im allgemeinen

Zur Terminologie kann allgemein gesagt werden, dass die Ausdrücke normative Prinzipien und Rechtsprinzipien im materiellen Sinne gleichbedeutend für die in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien verwendet werden sollen⁸⁶. Bei allen diesen Bezeichnungen ist m.E. die Erkenntnisgrundlage der prinzipiellen Aussage gemeinsam im aktuell geltenden Recht zulegen.

b) Die Einführung des Begriffes der Generalklausel im besonderen

Der Begriff der Generalklausel schillert in den verschiedenen Varianten, in denen er verwendet wird, beinahe so stark wie derjenige des Rechtsgrundsatzes⁸⁷. Es rechtfertigt sich deshalb, ihn für die Belange der vorliegenden Arbeit klar festzulegen.

Die Abgrenzung gegenüber auch sehr weit gefassten Rechtssätzen ergibt sich aus der Antwort auf die Frage, ob direkt oder indirekt angewendet werden kann⁸⁸. Als Generalklauseln sollen nämlich nur die Träger ganz bestimmter Prinzipien verstanden werden: Nur Gesetzesnormen, in denen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz *ausdrücklich* enthalten ist⁸⁹, werden den Namen der Generalklausel von nun an führen. Keine Bedeutung wird bei der Begriffsbestimmung der Qualität des Inhaltes⁹⁰ beigemessen. Jede Rechtsnorm, die ein Prinzip im hier vertretenen Sinne⁹¹ ausdrücklich enthält, ist kraft dieser Trägerfunktion eine Generalklausel. Generalklauseln sind mit anderen Worten schlechthin die Träger ausdrücklich in der Rechtsordnung enthaltener Prinzipien. Die Begriffe sind insofern austauschbar. Im schweizerischen Recht kann also ohne Verwechslungsgefahr z.B. vom Billigkeitsprinzip oder der Generalklausel der Billigkeit gesprochen werden. Beide Male ist Art. 4 ZGB gemeint. Wo von Generalklauseln gesprochen wird, sind Normen mit ausdrücklich genannten Prinzipien gemeint; wo umgekehrt von einem ausdrücklich in der Rechtsordnung enthaltenen Grundsatz die Rede ist, ist als sein Träger die zugehörige Generalklausel anzutreffen.

86 In diesem Sinne wohl auch Esser, S. 90.

87 Vgl. dazu die m.E. nicht einheitliche Verwendung des Begriffes der Generalklausel bei Esser, z.B. S. 51, 63 und 151/52 (dort bes. in den Anm.en 33 und 37); vgl. ferner eine begriffliche Umschreibung der "Familie der Generalklauseln" bei Deschenaux, S. 149, Ziff. 2. a.A.

88 Vgl. dazu oben S. 8 ff., Ziff. II.

89 Vgl. in ähnlichem Sinne Der Neue Brockhaus unter dem Stichwort Generalklausel.

90 Vgl. dazu unten S. 44 ff., Ziff. V.

91 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

D. Gegenüberstellung von vorgegebenen und in der Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien

1. Begrenzung des Unterschiedes auf den Erkenntnisgrund

Nochmals sei in Erinnerung gerufen, dass die Einteilung nur darauf beruht, verschiedene mögliche Erkenntnisgrundlagen auseinanderzuhalten⁹².

Das Problem, einen Begründungszusammenhang im geltenden Recht suchen zu müssen, das sich für vorgegebene Prinzipien eröffnet hat⁹³, entfällt bei Rechtsprinzipien im materiellen Sinne, da sie entweder ausdrücklich positiviert sind (Generalklauseln) oder mittels Auslegung oder ergänzender Rechtsfindungstätigkeit gefunden werden (der ratio legis teilhaftige Prinzipien). Beide Male ist mit dem Erkenntnisakt auch der Begründungszusammenhang gegeben.

Ist ein Erkenntnisgrund vorhanden, so reicht er auch aus. Weitere Erkenntnisgrundlagen zu suchen, erübrigt sich oder ist eine freiwillige Zugabe. Das hat eine wesentliche Erleichterung des Erkenntnisaktes für Prinzipien, die ihren Erkenntnisgrund im positiven Recht haben, zur Folge. Sie brauchen nämlich nicht mehr mit der aufwendigen phänomenologischen Methode ermittelt zu werden. Nimmt man diese Probe dennoch vor und führt sie zur Bejahung des Prinzips auch von dieser Erkenntnisgrundlage her, verstärkt das allerdings die Überzeugung von Notwendigkeit und Berechtigung des fraglichen Prinzips ganz erheblich⁹⁴. Damit ist auch schon gesagt, dass in der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien sehr wohl zugleich vorgegebene sein können. Andererseits bedürfte es einer eingehenden Analyse jedes einzelnen in der heutigen Rechtsordnung enthaltenen Prinzips, um festhalten zu können, welche von ihnen kraft ihrer Entsprechung zu vorgegebenen Lebenserscheinungen vorgegeben sind. Überschneidungen sind aber grundsätzlich möglich, da allein auf das Kriterium der Erkenntnisgrundlage abzustellen ist.

2. Zur Möglichkeit von Übergangsphasen

Im bewegten Fluss der Lebenserscheinungen gibt es Phänomene, die ihrem Wesen nach und an menschlichen Zeitvorstellungen gemessen von solcher Dauer sind, dass sie als konstant erscheinen. Von der fließenden Erlebnisfolge aus betrachtet verändern sich die Wesenheiten solcher Phänomene überhaupt nicht⁹⁵. Über sehr lange Zeiträume könnten sich theoretisch die geistig verselbständigten

92 Vgl. dazu oben S. 32, lit. A.

93 Vgl. oben S. 35, vor Anm. 54.

94 Vgl. dazu schon oben S. 34/5, nach Anm. 52.

95 Vgl. dazu Troller, S. 44/5.

vorgegebenen Prinzipien vom Vorgegebenen im Reich der Phänomene entfernen oder es könnten sich nur auf Grund des geltenden Rechts erkannte Prinzipien unversehens bei der nötigen Entsprechung auf der Seite der Lebenserscheinungen zu vorgegebenen wandeln. Da aber die Überprüfung der Prinzipien auf ihren Erkenntnisgrund in Lehre und Rechtsprechung immer wieder vorgenommen wird und da zudem die Zeiträume, deren es bedarf, damit sich das langdauernde Vorgegebene auf diese Weise unbemerkt ändern könnte, das normale menschliche Zeitmass bis ins Unvorstellbare übersteigen⁹⁶, sind solche fließenden Übergänge höchst unwahrscheinlich. Sie können daher vernachlässigt werden.

E. Die restlichen Prinzipien (Von Lehre und Rechtsprechung erarbeitete Prinzipien, dogmatische Prinzipien, doktrinäre Prinzipien, Erkenntnis- und Arbeitsprinzipien der Jurisprudenz)

1. Allgemeines

Im Rahmen der Erörterungen über den Erkenntnisgrund kommen diese Prinzipien nur noch der Vollständigkeit halber zur Sprache. Sie werden uns nicht weiter beschäftigen und sollen daher in aller Kürze nur gestreift werden. Wichtigste Feststellung ist in ihrem Zusammenhang, dass sie nur dann für die Erkenntnis von Bedeutung sind, wenn der Geltungsanspruch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht mit genügender Sicherheit einer der beiden⁹⁷ anderen Erkenntnisgrundlagen entnommen werden kann. Liegen dann trotzdem Äusserungen in der Lehre oder in Urteilen – vorab von höchsten Gerichten – vor, ist es denkbar, dass sie als Erkenntnisgrundlagen beigezogen werden.

2. Zu den Erkenntnisprinzipien

Der Rechtsordnung liegt ein Ordnungsprogramm zugrunde⁹⁸. Häufig dienen Erkenntnisprinzipien der Jurisprudenz der Erklärung dieser Ordnungszusammenhänge und der Unterstützung eines systematischen Verständnisses der Rechts-

96 Vgl. zur Verdeutlichung des Ausmasses dieser Zeiträume die schöne Umschreibung bei Troller, S. 44: "... das Hundert-, Tausend-, Millionenfache der Lebenszeit des Menschen ..."

97 Vgl. zu den Anknüpfungspunkten der beiden anderen Erkenntnisgrundlagen oben S. 33/4, Ziff. 2., und S. 37, Ziff. 1.

98 Vgl. dazu unten S. 95 ff., § 5, zum Systemgedanken.

ordnung. In diesem Sinne kann von systembildenden Prinzipien⁹⁹ gesprochen werden. Nur in diesem Sinne sollten m.E. bei einer Einteilung nach der Erkenntnisgrundlage die Ausdrücke Aufbau- oder Strukturprinzipien¹⁰⁰ Verwendung finden.

3. Zu den Arbeitsprinzipien

Sie unterscheiden sich m.E. hauptsächlich dadurch von den Erkenntnisprinzipien, dass sie nicht besonders auf Einpassung in das System des geltenden Rechts achten oder sich dieser Einpassung zeitweise geradezu entgegenstellen, indem das bestehende System abgeändert werden müsste, sollten sie damit zur Übereinstimmung gebracht werden können. Sie sind demnach nicht systembildend. Hierhin gehören m.E. die sog. Problemprinzipien, die *J. Esser*¹⁰¹ sosehr hervorhebt und denen vorrangig von Gerichten am Einzelfall zum Durchbruch verholten werde. Ferner würden m.E. die sog. informativen oder instruktiven Prinzipien¹⁰² im Rahmen einer Unterscheidung nach dem Erkenntnisgrund wohl am ehesten hier einzuordnen sein. Ein Beispiel eines Problemprinzips wäre wohl in der historischen Entwicklung des Bereicherungsgrundsatzes im anglo-amerikanischen Rechtskreis zu verfolgen¹⁰³.

4. Abschliessende Bemerkungen

Die Darstellung dieser übrigen Prinzipien erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit¹⁰⁴. Abgesehen von mancher Schwierigkeit der Unterscheidung innerhalb der Gruppe der restlichen Prinzipien, liegt ihre Gemeinsamkeit – immer von der Warte des Unterscheidungskriteriums der Erkenntnisgrundlage aus – m.E. in der unmittelbaren Herleitung ihres Geltungsanspruches aus der Arbeit der Jurisprudenz¹⁰⁵. Soweit sie der Entwicklung und Erkenntnis der Doktrin ent-

99 In diesem Sinne wohl auch Esser, S. 6/7 und 309. Als Beispiele solcher systembildender Erkenntnisprinzipien der Doktrin wären vielleicht die Grundsätze zu betrachten, welche für die Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen in früheren Zeiten kraft ihrer Anerkennung als herrschende Auffassung als Prinzipien galten und sich um eine systematische Einpassung der genannten problematischen Verträge in die bestehenden Rechtssätze bemühten; vgl. die zusammenfassende Darstellung jener Bemühungen bei Meier-Hayoz, SJK, Karte Nr. 1134, II, S. 4/5, Ziff. III., 1., 2. und 3.

100 Vgl. zu diesen ausführlicher Esser, S. 90 und 324.

101 Vgl. ausführlich zu den Problemprinzipien Esser, S. 45 ff., 99, 241, 324.

102 Vgl. ausführlicher dazu Esser, S. 74/5 und 89.

103 Vgl. dazu eingehend Esser, S. 45/6, 57/8, 166, 168/69, 269 ff., 321/22.

104 So wird z.B. die Unterscheidung zwischen Problemprinzipien und dogmatischen Prinzipien, die Esser, S. 47/8, den sog. axiomatischen Prinzipien als Hauptgruppen zur Seite stellt, nicht weiter verfolgt; vgl. die Stellungnahme zum Begriff der axiomatischen Prinzipien oben S. 33/4, Ziff. 2. a.E.

105 Vgl. in einem ähnlichen Sinne wohl Meier-Hayoz, N 410/11 zu ZGB 1.

springen, könnte man sie daher auch doktrinäre oder dogmatische Prinzipien heissen lassen. Es sind aber generell die von Lehre und Rechtsprechung gewonnenen Prinzipien gemeint, sofern sie nicht auf der Basis einer der beiden anderen Erkenntnisgrundlagen ins Bewusstsein getreten sind. In diesem Sinne könnten sie auch jurisprudentielle Prinzipien genannt werden.

Die wesentlichste Einschränkung bleibt für die uns interessierenden Belange, dass für das fragliche Prinzip nicht schon eine der beiden anderen Erkenntnisgrundlagen des Vorgegebenseins oder des Enthaltenseins in der geltenden Rechtsordnung vorhanden ist. Ist einer oder sind gar beide dieser Erkenntnisgründe verwirklicht, dann wollen wir uns damit begnügen.

F. Gegenüberstellung von vorgegebenen oder in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien und von Lehre oder Rechtsprechung erarbeiteten (restlichen) Prinzipien

Nur mit Massgabe der Beschränkung auf das Kriterium des Erkenntnisgrundes lassen sich die zuletzt behandelten und zusammenfassend restliche genannten Prinzipien einigermassen deutlich von den beiden anderen Gruppen abheben. Die Übergänge sind dennoch fliessend, weil mit steigender Anerkennung eines prinzipiellen Gedankens in der Lehre ebenfalls die Bemühungen zunehmen werden, den zugehörigen allgemeinen Grundsatz mittels Auslegung oder Lückenfüllung als Inhalt des Gesetzes nachzuweisen. Mit exakter phänomenologischer Betrachtung werden auch Fälle denkbar sein, wo ein dogmatisches Prinzip sich nachträglich als vorgegebenes herausstellt. Bei solchen fliessenden Übergängen tritt sodann das Problem eines Begründungszusammenhanges für das betreffende Prinzip zum Zwecke seiner praktischen Anwendbarkeit in den Vordergrund der weiteren Erwägungen und der eigentliche Erkenntnisgrund tritt dahinter zurück¹⁰⁶. Auslegung und Lückenfüllung dürfen aber nicht dazu missbraucht werden, ein Prinzip gewaltsam dem geltenden Recht zuzuordnen. Je nachdem wird es aus Gründen der Gewaltenteilung dem Gesetzgeber überlassen bleiben müssen, den fraglichen Grundsatz als Teil des geltenden Rechts zu statuieren¹⁰⁷.

Die Abgrenzungen dürften häufig schwerfallen, sei es, weil intensive geistige Wechselwirkungen zwischen Praxis und Doktrin¹⁰⁸ immer im Gange sind, sei es, weil in noch allgemeineren Worten gesprochen das Werden, Bleiben und Vergehen manchen Prinzips auf den Wegen von der Kasuistik über die theoretisch-dogmatische

106 Vgl. dazu unten S. 84 ff., § 4, zum Begründungszusammenhang.

107 Vgl. zu ähnlichen Bedenken in anderem Zusammenhang Meier-Hayoz, N 35 zu ZGB 4.

108 Vgl. dazu auch Meier-Hayoz, N 443, 452 ff., bes. N 456/57, ferner N 525 zu ZGB 1.

Bearbeitung bis hin zu einer möglichen Anerkennung als Teil des positiven Rechts oder gar als der Rechtsordnung in den Lebenserscheinungen an sich vorgegebene Anlage für das Bewusstsein oft beinahe undurchschaubar abläuft. All diese Schwierigkeiten können aber im weiteren ausser acht gelassen werden, da sich hinsichtlich der Grundsätze, die in Art. 2 ZGB enthalten sein können, klare Erkenntnisgrundlagen der ersten beiden aufgeführten Gruppen abzeichnen¹⁰⁹.

V. Die Einteilung der Rechtsprinzipien nach dem Grad ihres ethischen Gehaltes

A. Einleitende Bemerkungen; Umschreibung des Einteilungskriteriums

Die Ethik beschäftigt sich nicht wie die Ontologie mit dem Sein oder dem, was ist, sondern mit dem, was sein soll, und den Fragen danach, wie das sein soll¹¹⁰. Dieses Seinsollen im Sinne der Lehre vom Ethischen meint sittliche Gehalte oder Werte und nicht einfach Sollensanordnungen schlechthin und bar ihrer sittlichen Bedeutung. Verhaltensgebote im Sinne der sog. Imperativentheorie¹¹¹ und, soweit man diesem Verständnis folgt, auch Rechtssätze¹¹² treffen als Sollensvorschriften noch nicht den Kern der Beurteilung nach dem Wie dieses Sollens und dem Mass sittlicher Vorstellungen und Werte, sondern erklären v.a. das Wesen des Rechtssatzes als Befehl einer Verhaltenspflicht überhaupt. Sittliche Massstäbe gelangen nicht der äusserlich formalen Form des Imperativs wegen ins Recht, sondern sie müssen dazu zum Inhalt von Rechtsvorschriften erhoben werden. Um den ethisch wertenden Gehalt einer Norm zu verstehen, muss demnach nicht ihre Form, sondern ihr Inhalt ins Auge gefasst werden.

Auch allgemeine Rechtsgrundsätze beinhalten hin und wieder solche ethischen Vorstellungen. Die Anregungen und Massstäbe des Ethos können in Form eines Prinzips im Recht zur Entfaltung kommen¹¹³. Hinsichtlich Art. 2 ZGB wird es sich als sehr passendes Vorgehen erweisen, das Ausmass oder die Intensität ethischen Gehalts zum Einteilungskriterium der Arten von Rechtsgrundsätzen zu erküren. Ethische Gehalte und ihre Intensität geben vorerst nur ein Unterscheidungsmerkmal

109 Vgl. dazu unten S. 222 ff., lit. B., bes. S. 234, Ziff. 5., sowie S. 320 ff., lit. B., bes. S. 323, vor Anm. 66.

110 Vgl. dazu etwa Der Neue Brockhaus unter dem Stichwort Ethik.

111 Vgl. ausführlicher zur sog. Imperativentheorie und mit weiteren Hinweisen Ott, S. 4 ff.

112 Vgl. weitere Ausführungen zu den Rechtsnormen im allgemeinen unten S. 49 ff., Ziff. II.

113 Vgl. weitere Ausführungen zur Massstabfunktion des Ethos unten S. 66/7, lit. B., und S. 67/8, Ziff. 1.

für Rechtsprinzipien ab, während weitere Folgen eines solchen Inhalts für Rechtsgrundsätze später erörtert werden¹¹⁴.

B. Prinzipien ohne irgendwelchen eigenen ethischen Gehalt

Am einen Ende einer Skala, auf der Prinzipien nach dem Grad ihres ethischen Inhaltes einzutragen wären und dadurch auseinandergehalten werden sollen, müssten jene Grundsätze zu finden sein, die gar keinen solchen Inhalt haben. Sie sind gewissermassen ethisch wertfrei. Ihnen kann keinerlei ethische Stellungnahme entnommen werden. Sie nehmen für sich allein und isoliert betrachtet *keine sittlichen* Belange wahr. Wertungen tragen erst andere Normen oder ganze Normenkomplexe, vielleicht auch ein weiteres Prinzip an sie heran. Sittliche Massstäbe und deren Aussagen berühren sie nicht weiter.

Als beliebig herausgegriffene Beispiele wären etwa das Faustpfandprinzip¹¹⁵ aus dem Sachenrecht oder der Satz „*lex specialis derogat legi generali*“¹¹⁶ zu nennen. Beide enthalten nicht selbst sittliche Massstäbe oder machen solche durch Herübernahme ins Recht zu rechtlichen. Solche Prinzipien sind weitgehend *wertneutral* und haben eine vorrangig rechtstechnische Aufgabe zu erfüllen. Sie legen auf rechtstechnischer Ebene bestimmte Abläufe prinzipiell fest. Es darf vermutet werden, dass die Anzahl solcher Prinzipien gross ist.

C. Prinzipien mit gewissen ethischen Niederschlägen

Wenn wir auf unserer Skala fortschreiten, würde der eine oder andere Grundsatz anzutreffen sein, wobei sich die Intensität ethischer Niederschläge in seiner Aussage ständig steigerte. Vorerst kämen Grundsätze, die von sittlichen Vorstellungen inhaltlich nur gewissermassen angehaucht wären. Eine stetige Steigerung würde folgen. Unterscheidungen wären dabei nur schwer weiter anzustellen, ohne die jeweiligen ethischen Aussagen selbst zu Hilfe zu nehmen. All diese Übergangsstufen interessieren aber wenig und wir wenden uns dem anderen Ende der Skala zu, wo zweifellos ethische Massstäbe gewichtigsten Inhalt der zugehörigen Grundsätze bilden.

114 Vgl. dazu unten S. 65 ff., Ziff. VI., und S. 122/23, Ziff. 2.

115 Vgl. ausführlich zu diesem Prinzip Oftinger, Fahrnispfand, N 32 des Syst. Teils und N 179 zu ZGB 884.

116 Vgl. mehr zu diesem Satz unten S. 116, Ziff. 4.

D. Prinzipien mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt

Hier sind Wertungen ethischer Art direkt als Prinzipien des Rechts verkörpert. Genauer muss man sagen, dass ein Prinzip direkt auf ethische Massstäbe verweist und damit die Verpflichtung enthält, die sittlichen Vorstellungen, welche anvisiert sind, in das Recht hineinzunehmen. Die ethisch wertenden Massstäbe müssen an rechtliche Belange angelegt werden. Zwei Wege stehen im allgemeinen offen, auf denen ethische Anforderungen in das Recht hineingelangen können. In Kürze und m.E. in eindrücklicher Klarheit zeigt A. Hueck die beiden Eingangstore, die ethische Werte ins Recht eintreten lassen. Hören wir uns daher seine Worte an¹¹⁷:

“Die Angleichung zwischen Rechtsnormen und ethischen Normen, oder anders ausgedrückt, die Erfüllung der Rechtsnormen mit ethischem Gehalt, kann in doppelter Weise erreicht werden. Entweder werden einzelne Rechtsnormen so gestaltet, dass sie inhaltlich den Anforderungen der Ethik entsprechen. Dann stehen ethische Normen und Rechtsnormen äusserlich getrennt nebeneinander, aber sie stimmen überein in ihrem sachlichen Gehalt, sei es völlig, sei es wenigstens in den Grundlagen. Oder aber die Rechtsordnung verweist direkt auf Normen der Sittlichkeit, nimmt sie in sich auf und macht damit primär sittliche Begriffe zu Rechtsbegriffen, sittliche Massstäbe zu rechtlichen, womit natürlich, soweit das geschieht, eine völlige Übereinstimmung von Recht und Sittlichkeit in bezug auf ihren Inhalt herbeigeführt wird.”

Den zweiten dieser beiden Wege beschreitet die Rechtsordnung, wenn und soweit in ihr Prinzipien offensichtlich ethischen Gehalts Aufnahme finden. Dass sich dazu Generalklauseln, die begriffsnotwendig ein ausdrücklich positiviertes Prinzip enthalten, ganz besonders gut eignen, leuchtet ohne weitere Erklärungen ein¹¹⁸. Wo ein ausgesprochen ethischer Inhalt auf der den Prinzipien eigenen Abstraktionsstufe¹¹⁹ wiedergegeben wird, was in Anbetracht des Massstabcharakters sittlicher Aussagen durchaus zu erwarten ist, kann von einem Prinzip *eigenen* eindeutig ethischen Gehalts gesprochen werden oder kurz von einem *ethischen* (Rechts-) Prinzip. Wurde dabei der Weg über eine Generalklausel eingeschlagen, das Prinzip also ausdrücklich positiviert, dann haben wir eine Generalklausel ethischen Gehalts oder kürzer ausgedrückt eine ethische Generalklausel vor uns¹²⁰.

117 Vgl. Hueck, S. 8/9.

118 Vgl. zum Begriff der Generalklauseln oben S. 39, lit. b.

119 Vgl. dazu den Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

120 Vgl. z.B. den Verweis auf die guten Sitten in Art. 19 Abs. 2 OR für eine ethische Generalklausel; vgl. ferner den ethischen Grundsatz, der in Art. 18 Abs. 2 StGB in der Umschreibung des Vorsatzes mitenthalten ist, ohne wörtlich ausgesprochen zu sein.

VI. Keine Ausschliesslichkeit eines der Einteilungskriterien für Prinzipien des Rechts

Vier mögliche Raster der Gliederung für allgemeine Rechtsgrundsätze sind nur gestreift¹²¹ oder ausführlicher dargestellt worden¹²². Dabei ist eine Auswahl unter vielen möglichen Kriterien vorgenommen worden¹²³. Daraus lassen sich zwei weitreichende Folgerungen ziehen: Es kann weder eine Rangfolge unter den verschiedenen Rastern noch einen Ausschliesslichkeitsanspruch eines einzigen Kriteriums der Einteilung geben.

Schon die Auswahl der behandelten Einteilungsmöglichkeiten erfolgte nicht mit der Zielsetzung, eine Rangfolge unter ihnen zu finden. Die allgemeine Feststellung, dass es keine Rangfolge der verschiedenen möglichen Raster gibt, gilt damit erst recht für diejenigen, welche zur Sprache gekommen sind. Beim Fehlen einer Rangordnung ist es beinahe selbstverständlich, dass keines der behandelten Kriterien den Gebrauch auch der anderen Einteilungsraster auszuschliessen vermag.

Ein und dasselbe Prinzip, das näherer Betrachtung unterzogen wird, soll unter allen aufgeworfenen Einteilungskriterien getrennt analysiert und eingeordnet werden. Insofern kann ein und dasselbe Prinzip je verschiedenen Arten von Prinzipien zugehören, wenn das Kriterium der Einteilung gewechselt wird. In diesem Sinne umschreiben die Kriterien der Unterscheidung von Arten der Rechtsprinzipien selber nur verschiedene Eigenschaften der Prinzipien. Betrachtet man einen Grundsatz unter einem Blickwinkel, der eine andere Eigenschaft ins Auge fasst, bewegt man sich mit einem neuen Raster an ihn heran. Ein und dasselbe Prinzip kann aus diesen Gründen zugleich mit verschiedenen Rastern erfasst und dementsprechend verschieden umschrieben sein.

121 Vgl. das nur gestreifte Kriterium der Einteilung nach der rechtstechnischen Stufe oben S. 28, Ziff. II.

122 Vgl. die Kriterien des rechtlich erheblichen Sachbereiches, des Erkenntnisgrundes und des Grades eigenen ethischen Gehaltes; in dieser Reihenfolge oben S. 29 ff., Ziff. III., S. 32 ff., Ziff. IV., und S. 44 ff., Ziff. V.

123 In diesem Sinne schon ausdrücklich oben S. 27/8, lit. B.

VII. Resultat: Verschiedenste Arten von Prinzipien sind möglich

Da Prinzipien nach verschiedenen Kriterien aufgegliedert werden können und jedes dieser Kriterien gewisse Erkenntnisse über ein einzelnes Prinzip, über das etwas ausgesagt werden soll, zu vermitteln vermag, muss zur Analyse eines zur Diskussion stehenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf diese Hilfsmittel zurückgegriffen werden. Auf diese Weise lassen sich genauere Aussagen zu einem einzelnen Prinzip machen. Die Feststellung, dass je nach der Wahl des Kriteriums der Unterscheidung sehr verschiedene Arten von Prinzipien entdeckt werden können, macht es bei der Untersuchung eines jeden einzelnen notwendig, präzise festzuhalten, von welcher Art es ist. Nur so kann es genauer erfasst und von anderen Grundsätzen kraft seiner Eigenschaften abgehoben werden.

Für jeden der beiden Absätze von Art. 2 ZGB muss daher – sofern deren Prinzipienqualität zu bejahen sein sollte – die Analyse getrennt unter den behandelten Kriterien geschehen. Dann wird es möglich sein, sie den jeweiligen Gruppen zuzuordnen. Im Hinblick auf die Betrachtung von Art. 2 ZGB verdient die Feststellung, dass sowohl Prinzipien ohne den geringsten eigenen ethischen Gehalt als auch solche mit ausgesprochen ethischer eigener Aussage und direktem Verweis auf ethische Maßstäbe denkbar sind, besonders hervorgehoben zu werden.

2. KAPITEL

PRINZIPIEN DES RECHTS ALS TEILE DER RECHTSORDNUNG

§ 3

RECHTSORDNUNG UND PRINZIPIEN DES RECHTS

I. Vorbemerkungen

Allgemeine Grundsätze des Rechts sollen nun in theoretischer Betrachtung mit einem ganzen Recht in Zusammenhang gebracht werden. Es geht vorerst aber nicht um die systematische Erfassung und den systematischen Bau eines ganzen Rechtszusammenhanges. Betrachtungen dazu und über die Auswirkungen eines Systems auf die Rechtsprinzipien werden später folgen¹. Es geht hier zuerst um jene besondere Eigenschaft, welche Recht zur Rechtsordnung werden lässt². Der Ordnungscharakter der Rechtsvorschriften und Prinzipien des Rechts stehen nebeneinander im Zentrum der folgenden Ausführungen. Damit kann dem Ziel gedient werden, "sichere Grundlagen" zu schaffen "und die mit jeder allgemein gefassten Norm", ganz besonders aber mit Prinzipien "verbundene Rechtsunsicherheit"³ zu überwinden. Für diese Zwecke muss allerdings weit ausgeholt werden.

II. Recht, Ordnung und Regelbildung

A. Recht als *Rechtsordnung*

Der Mensch lebt nicht allein als Individuum, sondern er hat es – manchmal gewollt und manchmal ungewollt – mit anderen Menschen zu tun. Auch mit Personenverbindungen verschiedenster Art tritt er in Beziehungen. Das menschliche Zusammenleben ist dem Recht als solches zwingend vorgegeben. Dementsprechend gibt es Aufgaben, die erfüllt, Leistungen, die erbracht, und Zuteilungen, die vorgenommen werden müssen, ohne dass sie jeweils eindeutig der Entscheidung

1 Vgl. dazu unten S. 95 ff., § 5.

2 Dabei wird sich die Regelhaftigkeit als von zentraler Wichtigkeit erweisen; sie muss danach an den Erkenntnisgegenstand der Prinzipien herangetragen werden.

3 Vgl. Hueck, S. 19.

eines bestimmbaren einzelnen überlassen werden können. Würde jeder in diesen Belangen, die weit über ihn allein hinausreichen, nach seinen persönlichen Ansichten und momentanen Überzeugungen handeln, entstünde ein unheilvolles und unauflösliches Chaos. "Ohne zentrale Übersicht und einen daraus abgeleiteten Plan"⁴ können diese Aufgaben nicht bewältigt werden.

Erst die Errichtung einer Ordnung ermöglicht es, die zwischenmenschlichen Beziehungen in ein planmässiges Gefüge zu bringen und sie nicht einfach dem Zufall zu überlassen. Damit wird der Gedanke der Ordnung schlechthin zu einem tragenden Pfeiler von Sicherheit und Frieden unter den Menschen. Recht ist somit nur als *Rechtsordnung* denkbar, weil es das menschliche Zusammensein verlässlich organisieren soll. "Ohne Ordnung kann keine Rechtsordnung bestehen"⁵.

B. Ordnung als *Rechtsordnung*

1. Allgemeines

Die Ordnung vermag zwar als verselbständigter Wertgedanke die Möglichkeit eines Chaos (mindestens vorübergehend) zu bannen. Sie ist aber durch ihre Planmässigkeit allein nicht schon Rechtsordnung. Im Sinne des Rechts taugt die Ordnung "nur so viel, als sie zur richtigen Gestaltung der einzelnen zwischenmenschlichen Verhältnisse beitragen"⁶ kann. Dazu bedarf sie eines Massstabes ihrer Richtigkeit.

Das Mass, welches eine Ordnung zur *Rechtsordnung* macht, ist und bleibt anerkanntermassen die Gerechtigkeit, die ihre kurze und trefflichste Umschreibung in den unvergänglichen Worten *Ulpian*⁷ gefunden hat:

"Iustitia est constans et aeterna voluntas ius suum cuique tribuendi."

Gerechtigkeit meint demnach eine Willensrichtung. Sie verlangt die Ausrichtung des Willens der Ordnung und aller an ihre beteiligten Personen auf sich selbst⁸. Sie ist in diesem Verständnis allgegenwärtiges Postulat. Nebenher sei gesagt, dass eine rein positivistische Rechtsauffassung genau deshalb ergänzt werden muss, weil sie nur

4 Vgl. Troller, S. 89.

5 Vgl. Troller, S. 175.

6 Vgl. Troller, S. 102.

7 Vgl. Dig. 1, 1, 1, 10.

8 Darin liegt die Ursache dafür, dass man nicht vom Prinzip der Gerechtigkeit sprechen kann, wohl aber vom Postulat der Gerechtigkeit mit seinem beinahe unfassbar weit aufgliederungsfähigen Inhalt; vgl. dazu schon oben S. 21, Anm. 108.

vom Ordnungselement spricht und den Schritt zur Gerechtigkeit als Mass der Ordnung, der allein die Sicherung der Ordnung als Rechtsordnung gewährleistet, unterlässt⁹.

2. Die konstitutiven Elemente der Rechtsordnung

Eine Rechtsordnung steht, um diese Bezeichnung tragen zu dürfen, auf bestimmten unverzichtbaren Fundamenten. Es sind dies der allgegenwärtige Wille zur Gerechtigkeit, der Eigenwert des Ordnungsgedankens und die ebenso unerlässliche, sich aus den beiden ersten Elementen ergebende und Sicherheit schaffende Wahrung des Friedens. Die Sicherheit wird dadurch zur Rechtssicherheit, der Friede zum Rechtsfrieden.

Die Ausrichtung auf die Gerechtigkeit wird demnach immer stillschweigend vorauszusetzen sein. Die Mannigfaltigkeit ihrer Ausprägungen wäre m.E. nur schwer zusammenfassend darstellbar und wird nicht weiter untersucht. Desgleichen wird der Aspekt des Rechtsfriedens zwar immer stillschweigend mitgedacht, aber nicht gesondert weitere Erläuterungen nach sich ziehen. Ein Hinweis sei zur Gerechtigkeit noch erlaubt: Der Ausrichtung auf dieses Ziel unterliegen nicht nur ethische Massstäbe als Teile der Rechtsordnung, wie man beim ersten Zusehen vielleicht meinen möchte, sondern alle rechtlich erheblichen Bereiche menschlichen Lebens, wie etwa Tradition, Politik oder Ökonomie¹⁰.

3. Zum Ordnungselement im besonderen

Der Ordnungscharakter des Rechts steht im Zentrum der weiteren Betrachtungen. Es ist schon betont worden, dass Ordnen soviel wie planmässiges Fügen zwischenmenschlicher Beziehungen heisst. Zu diesem Zwecke müssen nun die Beziehungen unter den Menschen *geregelt* werden. Regeln gewähren die Beständigkeit und Dauer, deren es bedarf, um den Ordnungsauftrag des Rechts zu erfüllen. Denn nur im Falle der Beständigkeit und einer gewissen Dauer sind Sicherheit und Friede unter den Menschen zu erreichen. Mit welchen *Mitteln* die Rechtsordnung ihre Aufgabe, ein planmässiges Gefüge zu gewährleisten, wahrnimmt, muss der nächste Schritt der Überlegungen aufzeigen.

9 Die Herrschaft des Rechts nach Massgabe der Gerechtigkeit zeichnet nämlich die *Rechtsordnung* als solche aus und unterscheidet sie von anderen Ordnungen, die rein positivistischen Anforderungen auch zu genügen vermöchten.

10 Vgl. dazu ausführlicher Troller, S. 186 ff.

C. Rechtsordnung und Regelbildung

Die Rechtsordnung verlangt, dass die zwischenmenschlichen Beziehungen geregelt werden. *Regelbildung* ist wesentlichstes Mittel zur Errichtung einer Rechtsordnung schlechthin. Dass die Regel dabei nicht in einem technischen Sinne eine rechtssatzförmige zu sein braucht, ist selbstverständlich. Wir betrachten sie nur als Mittel zur Erreichung des Zieles der Ordnung, ohne weitere rechtstechnische Differenzierungen. Regelbildung verschafft Sicherheit und ermöglicht erst eine zuverlässige Ordnung. Der Ordnungscharakter des Rechts selbst ist es demnach, der Regelbildung unverzichtbar verlangt!

Daher gilt es nun mit anderen Worten die Vorgänge der Regelbildung im allgemeinen zu untersuchen¹¹, um hernach Regelbildung und Prinzip zueinander in Beziehung zu stellen¹². Regelbildung kann aber, wie es auf den ersten Blick einleuchtet, nur stattfinden, indem auf äusserlich betrachtet häufige Vorgänge des Lebens abgestellt wird, während zugleich sehr seltene Erscheinungen vorerst ausser Betracht bleiben müssen. Darüber hinaus muss die Bildung einer Regel offensichtlich auch die originalen Einzelheiten der Lebenserscheinungen ausser acht lassen; denn zum einen kann sie gar nicht alle möglichen solchen Einzelheiten vorhersehen, zum andern wäre sie bei Berücksichtigung nur schon sehr vieler dieser Einzelheiten nicht mehr Regel im Sinne beständiger und Sicherheit gewährender oftmaliger Anwendbarkeit auf verschiedene Einzelgeschehnisse. Die Regelbildung lässt mit anderen Worten gewisse Erscheinungen von vornherein, bei anderen gewisse originale Eigenheiten ausser Betracht. Worauf sie dabei abstellen soll und kann, welche Denkvorgänge dabei unweigerlich vorgenommen werden müssen, wird als nächstes abzuklären sein¹³.

11 Vgl. dazu sogleich S. 53 ff., Ziff. III. und IV.

12 Vgl. dazu unten S. 62 ff., Ziff. V.

13 Vgl. zu dem, auf das die Regel abstellen muss, S. 53 ff., lit. A. und B.; vgl. zu den dabei nötigen Denkoperationen S. 56 ff., lit. C., bes. S. 58/9, Ziff. 3.

III. Das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse und sein Eingehen in die Regel des Rechts

A. Das “Wesen” der zu ordnenden Verhältnisse

1. Die phänomenologische Betrachtung als Ausgangspunkt

a) Allgemeines

Verschiedentlich wurde schon auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass das Recht auf die vorgegebenen Lebensverhältnisse Rücksicht zu nehmen habe¹⁴. Es ist selbstverständlich, dass Rechtsregeln an die Wirklichkeit anknüpfen müssen¹⁵. Wenn aber die unendliche Vielfalt der Erscheinungen menschlichen Lebens in Regeln gegossen werden soll oder – präziser gesagt – aus den vorgegebenen Phänomenen *Regeln* gewonnen werden sollen, was als begriffsnotwendiges Mittel einer Rechtsordnung erkannt worden ist, muss vorher eine klärende Einsicht in die Lebensvorgänge erarbeitet werden, was eine Regelbildung überhaupt erst erlaubt. Die unermessliche Menge der Lebenserscheinungen genügt dazu nicht. Sie bedarf vielmehr der Betrachtung unter einem eigenen methodischen Ansatzpunkte. Wenn es gelänge, in den Lebensverhältnissen selber fassbare Zusammenhänge und gleichbleibende Formen von Geschehnissen zu finden, liesse sich die Regelbildung als Mittel der Rechtsordnung schon aus der vorgegebenen Wirklichkeit verstehen. Um diesen Aspekt der Regelhaftigkeit auszuleuchten, soll die phänomenologische Methode nochmals kurz und soweit nötig gestreift werden.

b) Die Wesensanschauung

Tatsachen werden unmittelbar wahrgenommen und erscheinen ebenso unmittelbar im Bewusstsein des einzelnen Menschen. Wird nur die einzelne Tatsache ins Auge gefasst, erweist sie sich vorerst als originär gegebene Erscheinung. Damit hebt sie sich gegenüber der Vielfalt zwar ab, sie lässt jedoch noch keineswegs die Möglichkeit einer Verbindung mit der Form einer Regel erkennen. “Die Summe dieser Tatsachen”, so wie sie Gegenstand der “natürlichen Erkenntnis und Erfahrung” sind, “ist die bewusstseinsmässig erste Realität der Lebensverhältnisse”¹⁶.

Das beschriebene originär Erscheinende könnte für sich allein genommen aber auch gar nicht oder zumindest anders sein. Dass es anders sein könnte, vermag sich

14 Vgl. dazu oben S. 29, Ziff. 1.; S. 33/4, Ziff. 2., und S. 34/5, nach Anm. 52.

15 Vgl. dazu mit vielen weiteren Verweisen Engisch, S. 96 ff.

16 Vgl. Troller, S. 36.

das Bewusstsein durch *Vergleich* mit anderen, vor allem mit gedachten oder erfahrenen ähnlichen Tatsachen vorzustellen. Daher können die *notwendigen* Eigenschaften einer *solchen* Tatsache, nicht mehr nur dieser originären, erschaut und beschrieben werden. “Die erfahrende oder individuelle Anschauung wird in Wesensanschauung (Ideation) umgewandelt”¹⁷. Dementsprechend erscheint “das Wesen einer Allgemeinstufe (z.B. Gattung) ... somit als solches im Bewusstsein und kann als Phänomen beschrieben und mitgeteilt werden”¹⁸. Das Wesen einer Erscheinung (z.B. einer Sache: etwa einer Kuh, aber auch eines Gemäldes) kann in übereinstimmender Wahrnehmung¹⁹ selber erkannt werden. Als Phänomene sind also die Wesenhaftigkeiten selbst dem Menschen ebenfalls vorgegeben. Die *Wesenserkenntnis* hebt menschliches Denken vom Originären weg, aus der Gegenwart heraus und lässt es gleiche Erscheinungen in vergangenem und erst zukünftigem Geschehen wieder entdecken.

2. Das erkannte Wesen der zu ordnenden Verhältnisse als Vorgegebenes (die sog. Natur der Sache)

Erst die Wesenserkenntnis enthebt also den Erkennenden der strengen Bindung an die Gegenwart und an das originale Geschehen. Darüber hinaus ermöglicht sie aber, “eine gewisse immanente Eigengesetzlichkeit”²⁰ der fraglichen Lebensvorgänge festzuhalten. Die einzelne Wahrnehmung für sich genommen wäre dazu nicht imstande. Wo immer von dem Recht in den Lebensverhältnissen Vorgegebenem gesprochen wird, ist die erkannte Wesenhaftigkeit mit darin inbegriffen. Die übereinstimmende Wahrnehmung verhilft zur Gewissheit, es mit dem Wesen einer Erscheinung zu tun zu haben. Daran lassen sich nun charakteristische Gesetzhkeiten der zugehörigen einzelnen Lebenserscheinungen ablesen. Dies macht die eigenartige “Sachgesetzlichkeit”²¹ aus, welche in den Lebensbeziehungen entdeckt werden kann. Auch die dermassen erkannten Wesenselemente von Menschen, Sachen und Beziehungen unter diesen²² sind folglich dem Recht aus der Wirklichkeit unübergebar vorgegeben.

Nur im Sinne dieser vorgegebenen Wesenselemente sollte m.E. von der sog. Natur der Sache gesprochen werden²³. Dann nämlich führt sie zu der “sachlogi-

17 Vgl. Troller, S. 38.

18 Vgl. Troller, S. 38.

19 Vgl. zu dieser Intersubjektivität des Erkennens auch Troller, S. 52/3.

20 Vgl. Troller, S. 185.

21 Vgl. Troller, S. 185, unter Bezugnahme auf Coing.

22 Vgl. die Hinweise oben S. 29, Ziff. 1., zu diesen Beziehungen.

23 Im gleichen Sinne Troller, S. 184 ff.; Engisch, S. 116 ff.; Meier-Hayoz, N 398 ff. zu ZGB 1; so wohl auch Larenz, S. 406/07.

schen”²⁴ Argumentation, welche die ihr einzig adäquate ist. Aus dieser Argumentation folgt dann auch der Ausschluss mancher gedachter Regelungsmöglichkeit als völlig “sachfremd”²⁵, während sich in anderen Fällen die eine oder andere Möglichkeit der rechtlichen Behandlung zwingend oder wahlweise aus dem Vorgegebenen ergibt. In diesem Sinne kann eine Rechtsordnung die Natur der Sache oder die Wirklichkeit nicht ausser acht lassen, weil es sich dabei eben um aus der Wesenserkenntnis vorgegebene Elemente handelt. In nur dieser Bedeutung wird des weiteren der Begriff der Natur der Sache gebraucht.

Im Wesen der zu regelnden Verhältnisse werden wir im folgenden die Anlage, welche die Regelbildung als Mittel des Rechts zum Zwecke der Ordnung des Rechts ermöglicht, schon im Vorgegebenen finden.

B. Regelbildung und Wesen der zu ordnenden Verhältnisse

1. Immanente Eigengesetzlichkeiten und Regelbildung

Die Natur der Sache zeigt bei genauer Betrachtung gewisse Strukturen, von denen die rechtliche Ordnung bei der Erfüllung ihrer Aufgabe auszugehen hat²⁶. Sie enthält sachimmanente Gesetzmässigkeiten. Wo immer das Recht an solche Strukturen des Vorgegebenen anknüpft, was sich als unerlässlich erwiesen hat, bildet es in Anlehnung an die Eigengesetzlichkeiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse *Regeln*. Regelbildung entspricht also auf der Ebene des Rechts exakt der Tatsache vorgegebener immanenter sachlogischer Gesetzmässigkeiten, wie sie sich aus der Wesenserkenntnis ergeben; der Erkenntnis sachlogisch zwingender Gegebenheiten wird im Recht die Ausbildung von Regeln gerecht. Damit ist keineswegs behauptet, dem Vorgegebenen entspreche nur ein Regelungsinhalt; es ist oft denkbar, dass einem vorgegebenen Zusammenhang mehrere, inhaltlich verschiedene rechtliche Anordnungen möglicherweise adäquat sind²⁷.

Wesentlich ist die Feststellung, dass der Natur der Sache und ihren eigenen gesetzmässigen Abläufen einzig die Prägung von Regeln gerecht werden kann. Das Recht soll bei der Formung von Regeln auf das Vorgegebene abstellen. Durch Regelbildung entspricht es aber darüber hinaus mit anderen Worten dem Wesen der zu ordnenden Verhältnisse und es erfasst sie damit in passendster Art und Weise.

24 Vgl. Meier-Hayoz, N 401 und 403 a.E. zu ZGB 1.

25 Vgl. Larenz, S. 407.

26 Vgl. dazu im gleichen Sinne, wenn auch in anderem Zusammenhang, Engisch, S. 160–64.

27 Vgl. dazu oben im Kontext S. 55, nach Anm. 25.

Neben die Tatsache, dass nur Regeln dem Ziel des Rechts, Ordnung herzustellen oder zu erhalten²⁸, wirksam zu dienen vermögen²⁹, tritt daher die zweite, dass die Erkenntnis des Wesens des Vorgegebenen, welches vom Recht unbedingt berücksichtigt werden muss, ebenso zwingend der Regelbildung ruft. Wir haben demnach zwei verschiedene *Ursachen* der Regelbildung als eines Mittels des Rechts gefunden.

2. Folgerung: Recht ist Regelbildung

Diese verkürzende Formulierung steht für die beschriebene Erkenntnis, dass jegliches Recht kraft seiner Ordnungsfunktion einerseits und als verstärkende Ursache seiner unauflöslichen Verbundenheit mit den Eigengesetzlichkeiten der vorgegebenen Wesenhaftigkeiten wegen andererseits normalerweise schlechthin Regeln hervorbringt. Jede rechtliche Betrachtungsweise der Wirklichkeit führt demnach selber zur Formulierung von Regeln und ist insofern regelbildend. Recht, das zu einer Rechtsordnung gehören soll, ist üblicherweise ohne weitere Bedenken regelbildend. Um diese fundamentale Eigenschaft des Rechts deutlich herauszustreichen, musste so weit ausgeholt werden.

Daraus lässt sich nämlich ein weiterer bedeutsamer Schluss ziehen: Ob Ausnahmen von dieser üblicherweise allem Recht zukommenden Eigenschaft innerhalb der Rechtsordnung dennoch möglich sind und – gegebenenfalls – unter welchen ganz ausserordentlichen Bedingungen, bedarf eigener und genauer Untersuchung. Diese Frage wird später hinsichtlich der Prinzipien eigens weiter verfolgt werden müssen³⁰.

C. Die weitere Analyse des Regelbildungsvorganges

1. Regelbildung als Formulierung von Gattungs- und Artmodellen

Nachdem die Ursachen der allgemeinen Tendenz des Rechts zur Regelhaftigkeit abgeklärt sind³¹, soll nun der Ablauf der Regelbildung genauer beschrieben werden. Um sich bei der Regelung der zu ordnenden Verhältnisse am Wesen der Lebenserscheinungen zu orientieren, bleibt dem auf die Tätigkeit des Vergleichens an-

28 Um die Herstellung einer Ordnung geht es, wenn vorher keine Ordnung als Herrschaft des Rechts vorhanden war; die Erhaltung der Ordnung ist anvisiert, wenn eine bisherige durch eine neue ersetzt werden soll (z.B. bei Gesetzesrevisionen).

29 Vgl. dazu oben S. 51, Ziff. 3., und S. 52, lit. C.

30 Vgl. dazu unten S. 70 ff., Ziff. VII.

31 Vgl. dazu oben S. 51, Ziff. 3.; S. 52, lit. C., und S. 55/6, lit. B.

gewiesenen menschlichen Denken³² gar nichts anderes übrig, als bei der Prägung der Regeln von den real geschehenden Lebensvorgängen abzusehen und deren Modelle zu umschreiben. Wichtig ist, dass bei der Formulierung dieser Modelle an das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse angeknüpft wird. Denn nur das, was im Rahmen der vorgegebenen Wesenserkenntnis liegt und somit der Sache entspricht, kann Inhalt der Rechtsregel werden. Das "Ergebnis der Wesensschau"³³ der an der Schaffung der Regel beteiligten Personen findet Eingang in die Regel selbst³⁴. In diesem Sinne mag man sagen, das Recht sei an Durchschnittstypen, einer Variante der Real-typen³⁵, ausgerichtet³⁶. Es handelt sich dabei jedoch um den "wesensmässig konkret erfassten Typus der Lebensverhältnisse"³⁷, wie er als Resultat der phäno-menologischen Wesensschau in die Rechtsregel herübergenommen werden soll.

Die Notwendigkeit des Vergleichens verschiedener Lebensereignisse, um zur Wesensschau durchzudringen, sowie das Mittel der Sprache, welches als einziges zur Verfügung steht, um eine Regel zu formulieren³⁸, machen es unumgänglich, in der Regel selbst *Gattungsmodelle* zu umschreiben. Als maximale Präzisierung kann die Regel daher – soll sie ihren Charakter als Regel nicht verlieren – zur Beschreibung eines *Artmodelles* vordringen. Ihr Inhalt bleibt aber in Anlehnung an die Wesenserkenntnis immer überindividuell, obschon die Lebensverhältnisse, für die sie gelten soll, immer individuell oder anders ausgedrückt original sind. Es ist daher A. Troller zuzustimmen, wenn er diese Tatsache für Rechtssätze folgender-massen umschreibt³⁹:

"Die Tatbestände aller Rechtssätze sind als gattungs- oder art-mässige Bestimmung der Tatbestände von Lebensverhältnissen zu erkennen, in denen der Tatbestand des Rechtssatzes mit den kennzeichnenden Merkmalen des besonderen Falles ergänzt hervortritt."

Dem kann nur hinzugefügt werden, dass jede Rechtsregel, ja sogar üblicherweise die rechtliche Betrachtungsweise der Wirklichkeit schlechthin, sich der Betrachtung nach Gattungs- oder Artmodellen bedienen.

Wesentliche Feststellung ist demnach, dass aus der Sicht der Lebensverhältnisse beim Vorgang der Regelbildung Gattungs- oder *Artmodelle* ausgeprägt werden

32 Vgl. dazu oben S. 53/4, lit. b.

33 Vgl. Troller, S. 259.

34 In diesem Sinne wären wohl auch die Ausführungen von Larenz, S. 123, zu präzisieren.

35 Vgl. dazu ausführlicher Engisch, S. 240 ff.; ferner Troller, S. 259.

36 Damit ist aber nichts anderes ausgesagt, als dass sich die Rechtsregeln an den vorgegebenen Wesenheiten ausrichten müssen.

37 Vgl. Troller, S. 107.

38 Vgl. zur selbstverständlichen Tatsache, dass rechtliche Aussagen nur mit den Ausdrucksmitteln der Sprache gemacht werden können, auch Troller, S. 238/39, Anm. 41, unter besonderer Bezugnahme auf Wittgenstein.

39 Vgl. Troller, S. 104.

müssen. Die gleiche Tatsache soll nun in kurzen Worten vom Standpunkt der Regel aus beleuchtet werden.

2. Die Regel als Erfassung des Durchschnittsfalles

Aus der Regel und ihren Eigenschaften ergibt sich von vornherein⁴⁰, dass sie nicht alle in Gegenwart und Zukunft möglichen Ereignisse erfassen kann. Nimmt man nun die Regeln zum Ausgangspunkt der Betrachtung, so muss man versuchen, aus ihnen die Verhältnisse, die sie ordnen, abzuleiten. Diese Analyse ist keine phänomenologische mehr⁴¹, sondern es wird umgekehrt die Regel an die Vorgänge des Lebens herangetragen, die jetzt *Fälle* heissen. Der Weg führt nun vom "Lebensdestillat"⁴² des Regelrechts zu den wirklichen Lebensgeschehnissen hin, welche aus diesem Blickwinkel Fälle sind.

Unter diesem Gesichtspunkt erfasst die Regel nicht jeden Fall – oder eben jedes individuelle Lebensereignis –, sondern sie erweist sich befugt zur Beurteilung "von Durchschnittsfällen, auf die der Rechtssatz wesensgemäss zugeschnitten ist"⁴³. Von der Regel ausgehend erfasst diese also *Durchschnittsfälle*. Damit ist von einer anderen Warte aus dasselbe gesagt, das sich von den Lebensverhältnissen her als Ausformung von Gattungs- oder Artmodellen bei der Regelbildung gezeigt hat. Diese Modelle bzw. die ihnen zuzuordnenden Einzelfälle sind aus der Sicht der Regeln die von ihnen erfassten Durchschnittsfälle oder mit anderen Worten die Normalfälle, die sie ordnen.

3. Die der Regelbildung entsprechenden geistigen Tätigkeiten des Denkens

Um die an sich originäre zwischenmenschliche Beziehung in einer Regel fassen zu können, muss eine Reduktion stattfinden, die gerade diese *Art* von Beziehung zu isolieren trachtet und dadurch der Regel zugänglich zu machen vermag. Hinsichtlich der verschiedenen Lebensverhältnisse bedeutet das, dass die Rechtsregeln von ihnen das festhalten, was sie ausmacht, was sie mit anderen Worten als Gattung oder Art trotz der verschiedenen tatsächlichen Erscheinungsweisen auszeichnet und verbindet. Daher bewegen sich Regeln immer in den *Denkformen* der Gattungsgallgemeinheit und – höchstens – der Artspezifikation⁴⁴. Im Regelrecht

40 So schon oben S. 52, lit. C.

41 Wie irrtümlich auch Larenz, S. 123, anzunehmen scheint.

42 Vgl. Troller, S. 62.

43 Vgl. Sameli, S. 317.

44 Vgl. ausführlicher zu dieser Denkform unten S. 112 ff., Ziff. VI.

ist "das der Gattung oder Art nach geordnete Lebensverhältnis zu erkennen"⁴⁵. Wenn zu diesem Zwecke Gattungs- und Artbegriffe gebildet werden, ist das nur zweckmässig und rechtfertigt sich aus dem Zweck der Regelbildung vollkommen. Denn der Gattungsbegriff ist, wie *E. Ott* treffend hervorhebt⁴⁶, "das ausnahmslos und exklusiv Gemeinsame derjenigen Erscheinungen, die zu einem bestimmten Zweck zusammengefasst werden". Ungeboten abstrakt würde solche Begriffsbildung erst, wo sie sich von den Erscheinungen und Beziehungen der Lebensereignisse völlig entfernen und zum Selbstzweck erhoben artistische Begriffskonstruktionen und -gebäude pflegen wollte. Dann würde sie zur heute allgemein abgelehnten Begriffsjurisprudenz⁴⁷ hinabsinken. Im Rahmen der dargestellten allgemeingültigen "generalisierenden Funktion des Rechts"⁴⁸ sind Gattungs- und Artbegriffe aber von unersetzlichem Wert und von unserem einzig möglichen prägnanten Ausdrucksmittel, der Sprache, für das Recht zwingend vorgezeichnet.

Die Denkopoperationen im Spannungsfeld von *Gattungsgemeinheit* und *Artbesonderung* sind demnach im Recht schon kraft seiner Eigenschaft der Regelbildung als fundamentale Tendenz angelegt. Dies ist die wichtigste Erkenntnis aus der Untersuchung der mit der Regelbildung verbundenen Denkvorgänge. Mit den geistigen Tätigkeiten im Bereich des Artbesonderen und des Gattungsgemeinen ist also der Vorgang der Regelbildung unauflöslich verbunden. Mit diesem Ergebnis wollen wir die weitere Analyse des Regelbildungsvorganges beenden.

4. Anhang: Erfahrungssätze und Regelbildung

a) Im allgemeinen

Erfahrungssätze drücken, soweit sie sich aus der Natur der Sache ableiten, nur den generischen Charakter der Regelbildung auf andere Weise aus. Aus der vorgegebenen Wirklichkeit lassen sich Sätze folgern, die der wiederholten Erfahrung in der Wirklichkeit entspringen und methodisch wiederum an Gattungsmodelle anknüpfen oder, wenn sie besonders eng gefasst sind, im Anschluss an Artspezifikationen gefunden werden. Den Charakter von Regeln haben Erfahrungssätze demnach; hingegen brauchen sie weder unbedingt in Rechtsregeln umgeformt werden

45 Vgl. Troller, S. 115.

46 Vgl. Ott, S. 140, im Zusammenhang der Darstellung der sog. stillschweigenden Normvoraussetzung.

47 Vgl. zur Ablehnung der Begriffsjurisprudenz auch Meier-Hayoz, N 288 ff. und 347 a.E. zu ZGB 1; ferner zur Begriffsjurisprudenz allgemein Larenz, S. 20 ff., und zu ihrer heutigen Bedeutung S. 155.

48 Vgl. Ott, S. 263.

zu sein, noch ist es gewiss, dass das Recht sie mittels irgendwelcher Verweise für rechtserheblich erklärt.

Erfahrungssätze werden besonders häufig auf Grund der Auswertung statistischer Erhebungen gewonnen, was sie der Vorstellung vom Durchschnittsfall wieder annähert. Als Beispiele solcher Erfahrungssätze seien hier zunächst die natürlichen Kausalgesetze von Ursache und Wirkung genannt. Ein weiteres Beispiel ist die Theorie von der sog. Adäquanz der Verursachung, die im Haftpflichtrecht von grosser Bedeutung ist. Dabei wird gefragt, was "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge"⁴⁹ oder "nach der allgemeinen Lebenserfahrung"⁵⁰ unter gegebenen Umständen geeignet ist, bestimmte Wirkungen hervorzurufen. Auch dabei lassen sich wieder nur gattungs- oder artmässige Bestimmungen als Aussagen des Erfahrungssatzes feststellen, wobei insbesondere an "Verhaltens-, Urteils- oder Reaktionsweisen"⁵¹ von Menschen angeknüpft wird. Darin liegt wieder die generalisierende Schöpfung von Modellen aus den vorgegebenen Lebensverhältnissen.

Aber keineswegs alle Erfahrungssätze hängen allein von statistischen Erkenntnissen ab. Es gibt sehr verschiedene Arten von Erfahrungssätzen⁵². Eine dieser Gruppen soll noch besonders hervorgehoben werden.

b) Zu den sog. "standards" im besonderen

"Unter standards versteht man nach dem Vorgang der anglo-amerikanischen Doktrin Rechtsnormen, die eine Verweisung auf common sense, Anschauungen und Verhaltensweisen des 'normalen' Verkehrs enthalten"⁵³. Es handelt sich m.E. dabei um eine besondere Art von Erfahrungssätzen, indem jeweils auf die in den massgebenden Kreisen vorherrschenden Wertvorstellungen Rücksicht genommen werden soll. Im Erfordernis, die massgeblichen Kreise auf ihre Wertanschauungen zu hinterfragen, liegt m.E. zudem eine klare Verneinung rein statistischer Ermittlung von Wertvorstellungen in der Gesellschaft schlechthin. Die *ethische* Komponente überwiegt in solchen Standards. Dass eine ethische Komponente auf diesem Wege ins Recht hineingetragen wird, verlangt die Kontrolle dieser Standards an den Massstäben der Sittlichkeit. Standards als Erfahrungssätze über ethische Wertungen haben also nur eine Hilfsfunktion und müssen immer auf dem Hintergrund ethischer Massstäbe gesehen werden. Durch die Orientierung am sog. normalen Verkehr bleiben auch die sog. Standards Erfahrungssätze, die in dieser Eigenschaft der

49 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 72.

50 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 72.

51 Vgl. Ott, S. 163.

52 Vgl. ausführlicher zu den verschiedenen denkbaren Arten von Erfahrungssätzen Ott, S. 161 ff.

53 Vgl. Esser, S. 96.

generalisierenden Tendenz des Rechts und der Regelbildung in gleicher Weise unterworfen sind wie alles andere Regelrecht.

Der Begriff der Standards wird im folgenden nur für derlei Erfahrungssätze ethischen Inhalts verwendet, die in ihrer Eigenschaft als Erfahrungssätze allgemein und soweit sie rechtserheblich sind als Rechtsregeln der Regelbildung und damit der Betrachtung nach Gattungs- und Artmodellen teilhaftig sind. Sie bilden innerhalb der Erfahrungssätze ihres Inhalts sittlicher Natur wegen eine deutlich abgehobene Gruppe und sind mit rein statistischen Methoden nicht zur Genüge bestimmbar, sondern bedürfen der Kontrolle anhand der hinter ihnen stehenden ethischen Massstäbe⁵⁴.

IV. Die Nichtberücksichtigung des originär Individuellen in der Rechtsregel

A. Rekapitulation der Besonderheiten der Regelbildung

Die Lebensereignisse werden normalerweise erst vom Recht erfasst, nachdem sie geschehen sind. Das heisst nichts anderes, als dass die rechtliche Betrachtung an die Ereignisse als an sich originär gegebene Erscheinungen herantritt. Es wurde dargelegt, dass das Recht, um Rechtsordnung zu sein, der Formulierung von Regeln bedarf⁵⁵. Es hat sich ferner gezeigt, dass das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse gewisse immanente Eigengesetzlichkeiten offenbart, welche in Anknüpfung an diese Natur der Sache ebenfalls der Regelbildung rufen⁵⁶. Daraus wurde gefolgert, dass in einer verkürzenden Formel ausgedrückt Recht Regelbildung *ist*. Es wurde zudem festgehalten, dass ausnahmsweise nicht-regelbildendes Recht und dessen Voraussetzungen einer gesonderten Überprüfung bedürfen⁵⁷.

Die weitere Analyse des Vorganges der Regelbildung⁵⁸ zeigte sodann, dass Regeln immer an Gattungs- oder Artmodelle von Vorgängen des menschlichen Lebens Anlehnung nehmen. Aus der Sicht der Regeln spricht man dann von der Erfassung der Durchschnittsfälle. Des weiteren wurde offenkundig, dass hinter dem so verstandenen Vorgang der Regelbildung Denkopoperationen im Spannungsfeld zwischen Gattungsallgemeinheit und Artbesonderung stecken. Diese Resultate der Analyse des Regelbildungsvorganges lassen sich hinsichtlich der an sich originären

54 Vgl. zur Massstabfunktion des Ethos ausführlicher unten S. 65 ff., Ziff. VI., und S. 122/23, Ziff. 2.

55 Vgl. dazu oben S. 49 ff., Ziff. II., bes. S. 52, lit. C.

56 Vgl. dazu oben S. 53 ff., lit. A., und S. 55/6, lit. B.

57 Vgl. dazu oben S. 56, Ziff. 2. a.E.

58 Vgl. dazu oben S. 56 ff., lit. C.

Lebenserscheinungen auch noch in anderer Weise formulieren. Das soll nun getan werden.

B. Rechtsregel und original individuelles Geschehen

In Gattungs- oder Artmodellen des Regelrechts wird klarerweise nicht auf das Originale der Ereignisse des Lebens Rücksicht genommen. Vom Standpunkt der Regel aus würde das folgendermassen ausgedrückt: Die Regel kann unmöglich die Individualität der ihr unterworfenen Fälle erfassen; sie betrachtet sie hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit den Durchschnittsfällen. Diese beiden Aussagen ergeben sich zwingend aus der dem Recht als Rechtsordnung unverzichtbaren Eigenschaft der Regelbildung; genaugenommen bringen sie diese Eigenschaft selber unausgesprochen zum Ausdruck.

Hinsichtlich der Denkopoperationen, welche diese Tatsache widerspiegeln, lässt sich demnach sagen, dass bei der Regelbildung unmöglich eine Individualisierung im Sinne eines Abstellens auf das originäre Geschehen stattfinden kann. Solches Vorgehen auf gedanklicher Ebene wäre mit der Ausbildung von Regeln unvereinbar.

Es bleibt die Feststellung zu machen, dass das original individuelle Geschehen resp. das originär individuelle Element, das zu jedem Gattungs- oder Artmodell hinzutritt, wenn es sich als Lebensvorgang ereignet, in der Rechtsregel keine Beachtung findet. Weil darüber hinaus die rechtliche Betrachtungsweise schlechthin normalerweise regelbildend ist, wird üblicherweise das Originale der Lebensvorgänge im Recht allgemein ausser acht gelassen. Wann und unter welchen ganz ausserordentlichen Bedingungen es dennoch und sogar in prinzipieller Form Eingang in rechtliche Beurteilungen findet, wird Gegenstand späterer Erörterungen sein⁵⁹.

V. Regelbildung und Prinzipien des Rechts

A. Regelbildung als Tendenz jeglichen Rechts

Aus den bisherigen Überlegungen hat sich ergeben, dass alles Recht, das dem Zweck der Erstellung oder Erhaltung einer Ordnung des Rechts dient und sich an der Natur der Sache orientiert, der Regelbildung als Mittel bedarf, um seine Aufgabe erfüllen zu können. Dabei wurden unter Regeln des Rechts alle möglichen Vorschriften verstanden, ohne die weiteren technischen Einteilungen in Rechts-

⁵⁹ Vgl. dazu unten S. 77 ff., lit. C., und S. 124 ff., Ziff. III.

sätze, Verfügungen usw. zu beachten; denn die Tendenz zur Regelbildung ist jeder rechtlichen Betrachtung eingegeben. Das Spannungsfeld von allgemeingültiger Regel einerseits und tatsächlicher einzelner Lebenserscheinung andererseits ist in jeder rechtlichen Betrachtung ohne weiteres und unumgänglich enthalten. Bei jedem methodologischen Vorgehen tritt "der Gegensatz von allgemeingültigen Regeln und der Ordnung der einzelnen menschlichen Beziehung"⁶⁰ hervor. Nur nebenbei sei vermerkt, dass auch eine Anknüpfung an Präjudizien notwendig mit dieser spezifisch rechtlichen, an Gattungs- und Artmodelle Anlehnung nehmenden und somit regelbildenden Betrachtungsweise arbeiten muss⁶¹.

Auf Grund der bisherigen Erläuterungen lässt sich sogar sagen, dass dieses Spannungsfeld von allgemeiner Regel und einzelner Lebensverhältnis, dem auf jener Seite die Arbeit des Rechts mit Denkopoperationen zwischen dem Gattungsalgemeinen und dem Artbesonderen entsprechen, jedem Recht vorgegeben ist oder mit anderen Worten "zu den unweigerlich vorgegebenen rechtstechnischen Phänomenen"⁶² überhaupt gehört.

B. Regelbildung als Tendenz auch bei Prinzipien des Rechts

1. Die Rechtsqualität von Prinzipien und die Regelbildung

Die Zugehörigkeit eines Prinzips zum Recht ergibt sich einfach daraus, dass es sich zu Fragen im Zuständigkeitsbereich des Rechtlichen äussert⁶³. Andere allgemeine Gedanken interessieren im vorliegenden Zusammenhang nicht.

Wenn festgestellt worden ist, dass ein Prinzip des Rechts vorliegt, dann ergibt sich die weitere Feststellung ohne weiteres, dass dieser Rechtsgrundsatz das Schicksal allen Rechts und jeder spezifisch rechtlichen Betrachtung teilt, soweit es um die Frage der Regelbildung geht. Sobald ein Prinzip als ein solches des Rechts qualifiziert ist, ist es der Tendenz zur Regelbildung teilhaftig. Weil eben jedwedes Recht normalerweise regelbildend ist, genügt die Qualifikation eines allgemeinen Grundsatzes als eines solchen des Rechts, um sicher zu sein, dass er an der Regelbildung teilnimmt. Rechtsprinzipien tendieren also normalerweise zur Regelbildung. Damit leuchtet auch unmittelbar ein, dass ein Rechtsgrundsatz, der nicht der Regelbildung teilhaftig sein soll, besonderer Voraussetzungen bedarf. Darauf wird demnächst zurückzukommen sein⁶⁴.

60 Vgl. Troller, S. 102.

61 Im gleichen Sinne Troller, S. 102.

62 Vgl. Troller, S. 102.

63 Vgl. dazu oben S. 11, Ziff. 1.; ferner oben S. 25, in der Begriffsdefinition des Prinzips das Element "rechtliche Aussage".

64 Vgl. dazu unten S. 77 ff., lit. C.; S. 119, lit. B., und S. 124 ff., Ziff. III.

2. Die Besonderheit der Konkretisierung im Zusammenhang mit der Eigenschaft der Regelbildung

Ogleich die Tendenz zur Regelbildung auch für allgemeine Rechtsgrundsätze feststeht, muss hier an den Begriff des Prinzips erinnert werden⁶⁵. Ein Prinzip bedarf begriffsnotwendig der Konkretisierung und es ist ebenso notwendig der Konkretisierung fähig. Darin liegt die besondere Stufe seiner Abstraktheit. Entgegen den häufigsten und wichtigsten Beispielen allgemeingültiger Regeln, den Rechtssätzen, ist bei einem Prinzip der Vorgang der Regelbildung noch *nicht abgeschlossen*. Die Ausprägung in Gattungs- und Artmodelle, die gewissen Lebenserscheinungen bzw. ihrem Wesen entsprechen und die im Rechtssatz vom Gesetzgeber vorgenommen worden ist, wird im allgemeinen Rechtsgrundsatz dem Rechtsanwender überlassen⁶⁶. Er soll dafür im allgemeinen Grundsatz die Anleitung finden. Hier stoßen wir also wieder auf den Unterschied von direkter oder bloss *indirekter* Anwendbarkeit, wie wir ihn bei der Abgrenzung der Prinzipien von den Rechtssätzen kennengelernt haben⁶⁷. Wir erkennen nun aus einem neuen Blickwinkel, worin dieser Unterschied in der Anwendbarkeit besteht: in der Abgeschlossenheit oder Offenheit der Ausprägung von der Gattung oder Art nach bestimmten Modellen im Rechtssatz einerseits und im Prinzip andererseits. Es tritt die neue Erkenntnis hinzu, dass bei der Konkretisierung eines Prinzips zum Zwecke seiner Anwendbarkeit normalerweise die Ausformung einer allgemeingültigen *Regel* – wie wir sie sonst in Rechtssätzen als Resultat des abgeschlossenen Rechtsetzungsverfahrens kennen – erforderlich ist. Bei der Konkretisierung muss sich der Rechtsanwender wiederum am Wesen der zu ordnenden Verhältnisse orientieren, weshalb er wieder zur Regelbildung gelangen muss. Die auch für Prinzipien unerlässliche *Regelbildung* muss bei der Konkretisierung durch die Formulierung von Gattungs- und Artmodellen erst noch vorgenommen werden. Die notwendige Tendenz des Rechts zur Regelbildung muss demnach bei der Konkretisierung von Prinzipien normalerweise berücksichtigt werden⁶⁸.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass zwar Prinzipien der Tendenz zur Regelbildung im allgemeinen auch teilhaftig sind, dass aber im besonderen die

65 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

66 Die Rechtsanwendung geschieht im weitaus überwiegenden Masse durch die an den Lebensverhältnissen Beteiligten selbst. Nur in Zweifels- oder Streitfällen wird dafür ausnahmsweise der Richter angerufen, von dem dann die Rechtsanwendung wahrgenommen wird. Vgl. in diesem Sinne auch Troller, S. 107/08; ferner Liver, Einleitung, N 133 a.E. An den Richter wenden sich vorab auch die methodischen Anweisungen von Art. 1 ZGB; vgl. dazu Meier-Hayoz, N 31 zu ZGB 1.

67 Vgl. dazu oben S. 8 ff., Ziff. II.; zur indirekten Anwendbarkeit ferner oben S. 13/4, nach Anm. 51.

68 Vgl. mehr dazu unten S. 122 ff., Ziff. II.

Regeln selbst als Gattungs- und Artmodelle im Wege der Konkretisierung nach Anleitung des Grundsatzes erst noch geschöpft werden müssen⁶⁹.

VI. Ethische Gehalte prinzipieller Art und Regelbildung im besonderen

A. Einleitende Bemerkungen

Dass ethische Vorstellungen irgendwelcher Art im Recht unerlässlich sind, zeigte sich schon anhand der notwendigen Ausrichtung des Rechts auf die Gerechtigkeit, durch die erst eine Ordnung zur Rechtsordnung wird⁷⁰. Ferner ist uns der Grad ethischen Gehalts bereits als Kriterium für die Unterscheidung verschiedener Arten von Prinzipien begegnet⁷¹. Dabei wurde deutlich, dass Prinzipien mit ausgesprochen ethischem Inhalt eine abhebbare eigene Gruppe bilden⁷². Häufig trifft man Verweise auf ethische Wertvorstellungen im Recht in Form direkter Bezugnahme auf sog. Standards, wie beispielsweise auf denjenigen der guten Sitten⁷³. Diese Standards knüpfen als Erfahrungssätze besonderer Art⁷⁴ an Erscheinungen des Alltags an, indem sie aus ihnen Verhaltensweisen des sog. normalen Verkehrs herausdestillieren. Dadurch werden jedoch ethische *Massstäbe* direkt dem Recht einverleibt und es werden primär sittliche Massstäbe zu rechtlichen. Weisen solche Standards den für Prinzipien typischen Abstraktionsgrad⁷⁵ auf, so haben wir es mit ethischen Prinzipien zu tun. Nur noch von ethischen Aussagen solch prinzipieller Art soll im folgenden die Rede sein.

69 Vgl. dazu auch unten S. 129/30, Ziff. 1.

70 Vgl. dazu oben S. 51, Ziff. 2.

71 Vgl. dazu oben S. 44/5, lit. A.

72 Vgl. dazu oben S. 46, lit. D.

73 Vgl. z.B. Art. 19 Abs. 2 OR.

74 Vgl. dazu oben S. 60/1, lit. b.

75 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

B. Das Eindringen ethischer Massstäbe ins Recht über Standards prinzipieller Art und die Regelbildung des Rechts

1. Die Objektivierung ethischer Aussagen

Ethische Vorstellungen werden unweigerlich als Massstäbe an menschliches Verhalten angelegt. Nur so kann eine Beurteilung des ethisch Vertretbaren oder Unhaltbaren vorgenommen werden. Damit findet die Objektivierung ethischer Vorstellungen nur schon deshalb statt, weil es sich dabei um Massstäbe handelt⁷⁶. Diese Objektivierung wird darüber hinaus – ohne die Problematik im Bereich des rein Sittlichen weiter zu verfolgen – unverzichtbar, sobald ethische Massstäbe ins Recht eindringen. Sie tun das notwendigerweise als Wertungen im Dienste der Gerechtigkeit⁷⁷. Die zwangsläufige Massstabfunktion ethischer Vorstellungen und Prinzipien führt zu einer Objektivierung, die ihrerseits wieder an Modellen orientiert sein wird.

2. Ethische Prinzipien und Regelbildung

Um als Rechtsprinzipien Geltung beanspruchen zu können, partizipieren auch ethische Prinzipien notwendig an der Regelbildung. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass sie Prinzipien des Rechts sind⁷⁸. Wie soeben gesehen, widerspricht das zudem der Eigenheit des ethischen Inhaltes gar nicht. Auch die Massstabfunktion, welche ethische Aussagen immer haben, verlangt eine Objektivierung des ethischen Gehaltes, die eine Betrachtung nach Modellen oder Modellfällen⁷⁹ von selbst mit sich bringt.

Sowohl aus der Tatsache, dass es sich um Grundsätze mit Rechtsqualität handelt, als auch aus der Massstabfunktion des jeweiligen ethischen Gehaltes ergibt sich daher für Prinzipien mit eigenem eindeutig ethischem Inhalt zweierlei: Sie sind der Regelbildung einerseits sehr wohl fähig und sie bedürfen andererseits als Teile des Rechts dieser Regelbildung auch. Ethische Massstäbe prinzipieller Art sind somit

76 Vgl. zur Selbstverständlichkeit, mit der von sittlichen Werten in einer Massstabfunktion ausgegangen wird, auch Hueck, S. 4 ff., wo wiederholt ohne weitere Erklärung von *Normen* der Ethik gesprochen und damit der allgemein regelhafte Charakter schon der Anforderungen der Ethik selbst unmittelbar vorausgesetzt wird; vgl. ferner Lexikon der Ethik, S. 26 ff., wo ebenfalls unter dem Stichwort Christliche Ethik von Normen und Verhaltensregeln gesprochen wird.

77 Vgl. zur Umschreibung der Gerechtigkeit als Ziel, Postulat oder Willensrichtung oben S. 50/1, Ziff. 1.

78 Vgl. dazu oben S. 63, Ziff. 1.

79 Je nachdem, ob die Lebenserscheinungen oder die Rechtsvorschriften als Ausgangspunkt der Betrachtung dienen; vgl. dazu oben S. 56 ff., Ziff. 1., und S. 58, Ziff. 2.

der Regelbildung normalerweise wie alle Prinzipien des Rechts teilhaftig, sobald sie nur ins Recht integriert worden sind. Sie unterscheiden sich diesbezüglich nicht von allgemeinen Rechtsgrundsätzen anderen Inhalts. Ihre regelbildende Eigenschaft lässt sich aber *zusätzlich* aus der Massstabfunktion ihrer ethischen Aussage und den damit verbundenen Objektivierungen verstehen. Ethische Prinzipien und Generalklauseln⁸⁰ haben demnach in ihrem Inhalt eine weitere Anlage zur Tendenz der Regelbildung.

C. Anhang: Folgerungen für das Verhältnis von Recht und Ethos; Gebots- und Verbotsform ethischer Prinzipien

1. Zum Verhältnis von Recht und Ethos

Ob Anforderungen der Ethik durch Anlehnung einzelner Rechtsnormen an sie mittelbar oder durch die Herübernahme sittlicher Massstäbe unmittelbar ins Recht eingehen⁸¹, führt beide Male gleichermassen zur Ausprägung von Modellfällen und zur Regelbildung auch bezüglich der betreffenden ethischen Inhalte. Dieser Schluss darf aus den bisherigen Erläuterungen gezogen werden. Daraus folgt nun, dass selbst bei unmittelbarer Einverleibung ethischer Massstäbe ins Recht in Form eines ethischen Prinzips oder einer ethischen Generalklausel die aus rechtlicher Betrachtung sich allgemein ergebenden Denkopoperationen im Spannungsfeld des Gattungsgemeinen zum Artspezifischen⁸² zur Anwendung gelangen.

Obschon unbestrittenermassen die Erfordernisse der Sittlichkeit auf dem einen oder anderen der genannten Wege ins Recht einbezogen werden müssen und das auch tatsächlich geschieht, hat die damit unlösbar verbundene Regelhaftigkeit Rückwirkungen auf die zugrundeliegenden ethischen Aussagen. Rechtserheblich gewordenes Ethos tritt dem Anwender in Form rechtsethischer Regeln entgegen; umgekehrt werden ethische Aussagen unter dem Einfluss einer Tradition rechtsethischer Regeln nivellierend in den eigenständigen Bereich des Ethos zurückfliessen. Wenn dieser auch nicht unbedingt selbst von diesem Einfluss dauernd geprägt zu sein braucht, werden doch die Anknüpfungspunkte des Rechts im Ethos von solchen Rückkoppelungen für längere Zeit vorgeformt sein. Im Laufe einer länger dauernden und kontinuierlichen Praxis werden sich daher ethische Aussagen im Gefolge wiederholter Regelbildung und insbesondere ununterbrochener Regel-

80 Vgl. zu diesen beiden Begriffen oben S. 46, vor Anm. 120.

81 Vgl. die Darstellung dieser beiden Möglichkeiten bei Hueck, S. 8/9, wiedergegeben im Kontext S. 46 als Zitat.

82 Vgl. dazu die Analyse des Regelbildungsvorganges hinsichtlich der damit verbundenen geistigen Tätigkeiten oben S. 58/9, Ziff. 3.

anwendung bis zu einem bestimmten Grade *einebnen*. Diese Folge ist im regelbildenden Wesen des Rechts angelegt und kann daher nicht vermieden werden. Nur so kann die Verlässlichkeit des Rechts und seine Überprüfbarkeit⁸³ gewahrt bleiben. In eindrücklicher Kürze und Klarheit formuliert *J. Esser* diese fundamentale Beziehung von Recht und Ethos, indem er sagt⁸⁴:

“Die Ethisierung des Rechts geht, was regelmässig verschwiegen wird, mit einer Konventionalisierung des Ethos einher.”

Wenn er später⁸⁵ diese Tatsache, dass “die rechtsethischen Massstäbe, ..., nun ihrerseits rechtstechnisch formalisiert oder ‘normativ entwertet’” werden, als einen “echt juristischen Preis” bezeichnet, kann dem nur hinzugefügt werden, dass dieser Preis von der Eigenheit der Regelhaftigkeit jeglichen Rechts oder, mit anderen Worten, von der unumstösslichen Erkenntnis, dass die Rechtsordnung eine Wesensordnung ist und nur das sein kann, gefordert wird.

Die normalerweise generalisierende Funktion des Rechts ist dafür besorgt, dass ethische Aussagen im Rahmen des Rechts zu konventionsähnlichen Gebilden erstarrten müssen. Geschieht diese Konventionalisierung des Ethos bei der Anwendung eines Prinzips, ergeben sich freilich Vereinfachungen für die Voraussetzungen einer Änderung solch konventioneller Verfestigung, die aber einer Eigenschaft aller Prinzipien ohne Rücksicht auf ihren Inhalt entspringen⁸⁶.

2. Gebots- und Verbotsform ethischer Prinzipien

Neben der Feststellung, dass Ethisierung des Rechts und Konventionalisierung des Ethos miteinander einhergehen, bleibt für ethische Gehalte prinzipieller Art v.a. festzuhalten, dass sie als Rechtsprinzipien an der Regelbildung zwecks Schaffung oder Erhaltung einer Ordnung des Rechts teilnehmen. Weiter lässt sich sagen, dass die Form des Prinzips gerade für ethische Aussagen mit ihrer auffälligen Massstabfunktion besonders geeignet ist⁸⁷.

Eine Besonderheit ethischer Regeln und Rechtsregeln soll nunmehr noch hervorgehoben werden: Für ethische Anordnungen wird – der Kenntnis des Verfassers nach – in weit überwiegender Masse die äusserliche Ausdrucksweise in Verboten

83 Vgl. dazu unten S. 88 ff., Ziff. IV., V. und VI.

84 Vgl. Esser, S. 155.

85 Vgl. Esser, S. 358, allerdings dort im Zusammenhang seiner Ausführungen zur grossen Bedeutung von Prinzipien für die funktionelle Rechtsvergleichung, einem Aspekt, der im Kontext ausser acht bleibt.

86 Vgl. dazu unten S. 92, Ziff. 2.

87 Ganz besonders geeignet scheinen dazu Generalklauseln zu sein; vgl. schon oben S. 46, bei Anm. 118, in diesem Sinne.

derjenigen in Geboten vorgezogen. Vom klassischen biblischen Dekalog⁸⁸, dessen Inhalt weitgehend aus ethisch fundierten Rechtsregeln besteht⁸⁹, sind acht der zehn Anordnungen in Verbotsform überliefert. In der geltenden schweizerischen Rechtsordnung trifft man mehrheitlich *Verbote* von Verstössen gegen ethische Grundsätze an⁹⁰. Es wird mit anderen Worten im allgemeinen nur der Verstoss gegen einen ethischen Massstab verboten oder mit Rechtsfolgen versehen und nur selten die Befolgung eines ethischen Gebotes verlangt. Um so mehr fallen schon rein äusserlich die positiv als Gebote formulierten ethischen Anforderungen auf⁹¹. Das legt die Vermutung nahe, die dauernde Befolgung einer prinzipiellen ethischen Anordnung sei zwar erwünscht, könne aber unmöglich immer überprüft werden⁹². Erst die *Verletzung* und oft erst eine *krasse* Verletzung des betreffenden Gebotes kann *Rechtsfolgen* für den einzelnen handelnden Menschen haben, die seinen persönlichen moralischen Bereich übersteigen. Rechtliche Sanktionen kann nur die Verletzung ethischer Rechtsregeln oder Prinzipien nach sich ziehen; ein ethisches *Gebot* erscheint daher im Recht in gewissem Sinne als Fremdkörper. Die genaue und vollständige Befolgung eines solchen Gebotes kann nämlich nicht erzwungen werden und wird wohl auch nicht angestrebt mit der Statuierung des Gebotes, sondern nur seine – vielfach erst gröbliche – Verletzung soll geahndet werden und Sanktionen zur Folge haben. Das ethische Prinzip von Treu und Glauben, welches in Gebotsform positiviert ist in Art. 2 Abs. 1 ZGB, wird unter diesem Aspekt gesondert zu betrachten sein⁹³. Als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit kann dagegen auch ein ethisches Prinzip in Gebotsform gehandhabt werden⁹⁴.

88 Vgl. 5. Buch Moses, Kap. 5, Verse 6–21.

89 Vgl. zum Rechtscharakter des Dekalogs, soweit es sich nicht um kultische Anordnungen handelt, RGG, Bd. 2, Spalten 69 ff., Stichwort Dekalog; Spalten 1511 ff., bes. 1513/14, Stichwort Gesetz; ferner Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. 3, Spalten 199 ff., Stichwort Dekalog.

90 Vgl. z.B. Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 27 ZGB.

91 Vgl. z.B. Art. 2 Abs. 1 ZGB; ausführlicher dazu unten S. 237/38, lit. b.

92 Abgesehen vom Problem, immer das ethisch Richtige bei der Beurteilung finden zu müssen, wäre eine solche Überwachung der Rechtsunterworfenen nur mit geradezu totalitär polizeistaatlichen Methoden zu verwirklichen, was mit einer der Freiheit des Individuums und der Gerechtigkeit verpflichteten Rechtsordnung unvereinbar wäre.

93 Vgl. dazu unten S. 237/38, lit. b.

94 Vgl. dazu schon oben S. 9, bei und in Anm. 25; ferner unten S. 88/9, Ziff. IV.; sodann bezüglich Treu und Glauben S. 303/04, lit. A.

VII. Zur Denkbarkeit von Prinzipien der Regelmodifikation und der Regeldurchbrechung

A. Die Notwendigkeit von Möglichkeiten der Regelmodifikation im allgemeinen

1. Die Verselbständigung des Regelrechts

Nicht als "Ergebnis der direkten Wahrnehmung, sondern des zusammenfassenden Sehens, das nach einem rechtswissenschaftlich typisierten Lebensverhältnis ausgerichtet ist"⁹⁵, haben wir die einzelne Rechtsregel kennengelernt⁹⁶. Der lebende Geist hat sie geschaffen, indem er aktuelles Rechtsempfinden isoliert und mit den Mitteln der Sprache unter Anlehnung an die Erkenntnis des Wesens der zu ordnenden Verhältnisse in eine feste Form gegossen hat. Durch diese Fixierung in einer äusseren und daher jedermann zugänglichen Form erlangt die Rechtsregel ein eigenes geistiges Sein. Sie verselbständigt sich, objektiviert sich oder wird – in der Terminologie *N. Hartmanns*⁹⁷ – zu objektiviertem Geist. Geniesst sie die erforderliche allgemeine Richtigkeitsüberzeugung, wird sie gar zu objektivem Geist. Beleuchtet man die für Prinzipien begriffsnotwendige allgemeine Anerkanntheit bei den dafür zuständigen Trägern⁹⁸ von dieser Seite, kann man die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf Grund dieser *Hartmann'schen* Unterscheidung wohl weitgehend dem objektiven Geist zuordnen. Ob als objektivierter oder gar als objektiver Geist, in beiden Formen hat sich die Rechtsregel zu einem eigenen Dasein geistiger Art vom lebenden Geist emanzipiert. Sie steht in der jeweiligen Erlassform verselbständigt da.

Die Selbständigkeit des geistigen Daseins von Regelrecht in seiner niedergeschriebenen Form dient der Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung und somit dem Ziel von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden⁹⁹. Auf der anderen Seite wächst den Rechtsregeln dadurch ein eigenes Beharrungsvermögen gegenüber Veränderungen des lebenden Geistes und den langsamen Änderungen des Wesens der zu ordnenden Verhältnisse zu¹⁰⁰. Es könnte daher unter bestimmten Umständen, wie schematischer und dem Wortlaut verhafteter Anwendung der Regeln oder hohen Alters

95 Vgl. Troller, S. 36.

96 Vgl. dazu oben S. 56 ff., lit. C.

97 Vgl. Hartmann, S. 406 ff. (zum objektivierten Geist), S. 175 ff. (zum objektiven Geist), S. 522/23 (zum Verhältnis von lebendem und objektiviertem Geist im Recht im besonderen).

98 Vgl. dazu oben S. 19/20, Ziff. 3.; ferner S. 25, lit. E.

99 Vgl. zur Bedeutung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens für eine Rechtsordnung den Hinweis oben S. 51, Ziff. 2.; allgemein zur Bedeutung der Rechtssicherheit auch Liver, Einleitung, N 110, 111, 140.

100 Vgl. zum sehr langsamen Tempo solcher Veränderungen des Vorgegebenen oben S. 40/1, Ziff. 2., bes. S. 41, Anm. 96.

ganzer Regelkomplexe in sehr bewegten Zeiten der Veränderung, zu einem allfälligen Antagonismus zwischen lebendem und in den Rechtsregeln positiviertem Geist kommen. In einer solchen vorgestellten Konstellation würden die zu ordnenden Verhältnisse ihrem Wesen nach dem objektivierten Geist der geltenden Rechtsordnung weit auseinanderklaffend entgegenstehen.

2. Das Ungenügen ausschliesslich regelhaften Ordnungsverständnisses

Recht ist, wie mehrfach betont worden ist, zwingend mit Regelbildung verbunden. Die Regelhaftigkeit selbst mit ihrer Formulierung von Gattungs- und Artmodellen ist wesentliches Charakteristikum für alles Recht.

Die geistige Verselbständigung, welche die Rechtsregeln durch ihre Positivierung erfahren, könnte zur Gefahr völlig schematischer und nur am Wortlaut klebender Rechtsanwendung führen. Dieses wörtliche Anknüpfen nur an die niedergeschriebenen Regeln wie auch die Möglichkeit des Auseinanderklaffens relativ alten Regelrechts und veränderter Verhältnisse und Anschauungen zeigen, dass die Bildung von Regeln allein und deren unflexible, starre Anwendung für eine Rechtsordnung nicht genügen können. Es müssen daher verschiedene Möglichkeiten der Modifikation geltenden Regelrechts auffindbar sein, die dennoch nicht zur vollkommenen Auflösung und Zersetzung der Regelhaftigkeit des Rechts hinleiten. Einige der Modifizierungsmittel, die in der Rechtspraxis von Bedeutung sein können, sollen im folgenden ausgebreitet werden. Dabei soll besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, ob die Regeln dadurch nur anschmiegsamer gemacht bzw. in der Anwendung modifiziert werden, oder ob ausnahmsweise eine eigentliche Durchbrechung von Regeln ermöglicht und gebilligt wird. Da alle diese Mittel der Modifikation rechtlicher Betrachtungsweise entspringen, werden sie üblicherweise auch wiederum der Tendenz zur Regelbildung folgen¹⁰¹. Ob in ganz ausserordentlichen Fällen ein Verzicht auf Regelbildung nötig ist, muss zunächst als denkbare Variante offengehalten werden.

101 Vgl. dazu oben S. 56, Ziff. 2.

B. Einige denkbare Mechanismen der Regelmodifikation

1. Tatsächliches menschliches Verhalten

In Belangen, die nicht von zwingenden Vorschriften des Rechts erfasst werden, bleibt bekanntlich den jeweils Beteiligten ein weiter Raum der freien Regelung ihrer gegenseitigen rechtlichen Beziehungen¹⁰². Das dispositive Recht überlässt ihnen viele Fragen zur freien Gestaltung, und es wird von dieser Möglichkeit reger Gebrauch gemacht¹⁰³. Soweit diese Gestaltungen vom dispositiven Recht abweichen, sind sie nur im weitesten Sinne dem zuzurechnen, was hier unter Regelmodifikation verstanden wird. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass keine eigentliche Modifizierung bestehender Regeln vorgenommen wird, sondern nur für die Beteiligten und ihre Rechtsverhältnisse Abmachungen getroffen werden, wobei der Effekt der Abwandlung geltender Vorschriften nebensächlich ist und die Schaffung neuer Regeln, die weithin Anwendung finden, höchstens als Folge eintreten wird¹⁰⁴.

Eine Möglichkeit echter Regeldurchbrechung im tatsächlichen Geschehen bestünde darin, dass zwingende gesetzliche Vorschriften nicht eingehalten würden. Wenn geltende Regeln so gebrochen würden, müsste das die angeordneten Sanktionen nach sich ziehen¹⁰⁵. Solche Regeldurchbrechung wäre nicht eine vom Recht selbst gebilligte, nach der wir suchen, und kann deshalb ausser acht gelassen werden.

2. Die Änderung der Regel durch die erlassende Instanz

Von interessierten Kreisen, Hinweisen in Urteilen oder der Lehre, Berichten in den Massenmedien oder einfach der veränderten realen Verhältnisse oder Zielsetzungen des Erlasses wegen werden immer wieder Revisionen bestehender Vorschriften durch die dafür zuständigen Organe verursacht¹⁰⁶. Dabei können frühere Regeln abgeändert, weggelassen oder der Aussage nach durchbrochen werden. Es

102 Vgl. dazu etwa Fleiner, Thomas, S. 65; Merz, N 138 zu ZGB 2; Schönenberger/Jäggi, N 505 a.A. zu OR 1.

103 Das zeigen die unzähligen Rechtsgeschäfte, die Tag für Tag über verschiedenste Gegenstände abgeschlossen werden.

104 Vgl. z.B. die sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen und dazu Merz, N 144 und 176 zu ZGB 2, bezüglich der Abwandlung dispositiven Rechts. M.E. handelt es sich in diesen Fällen eher um eine Ersetzung dispositiven Rechts. Ferner ausführlich zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen Schönenberger/Jäggi, N 427 ff., bes. 462 ff. und 517 zu OR 1.

105 Insofern wäre dies nur ein Sonderfall einer Tatbestand-Rechtsfolge-Beziehung, die die besondere Art der Sanktion als Rechtsfolge hätte. Ausführlicher dazu Ott, S. 211.

106 Vgl. als aktuelles Beispiel die in Gang befindliche Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen; vgl. die Zusammenfassung der Ursachen und des Ablaufes der Revisionsbestrebungen zum KG sowie der wesentlichsten Neuerungen des Entwurfes der Expertenkommission bei Schlupe, Grundzüge, S. 82 ff., Ziff. IV. und V.

können auch ganz neue Vorschriften dazukommen. Da aber der neue Erlass bei einer Revision den alten ganz oder teilweise ersetzt, stellt auch das keine Modifikation oder Durchbrechung weiterbestehenden Regelrechts dar, wonach wir auf der Suche sind.

3. Korrekturen bei der Rechtsanwendung im allgemeinen

a) Die Betrachtung des Einzelfalles bei der Rechtsanwendung

Rechtsregeln geben Modelle wesensmässig erkannter zwischenmenschlicher Beziehungen wieder. Umgekehrt sind sie "Wegweiser"¹⁰⁷ für die Beurteilung einzelner, tatsächlich geschehener Lebensvorgänge bei der Rechtsanwendung. Die Vorgänge des wirklichen Lebens stehen als *einzelne* Fälle vor dem Rechtsanwender. An sie als einzelne und isolierte Ereignisse werden die Rechtsregeln angelegt. Um den Tatbestand des Einzelfalles zu ermitteln, muss das betreffende Ereignis vorerst aus dem oft unübersichtlichen Gesamtbild der Lebensbeziehungen der Beteiligten herausgelöst werden. Daran werden danach die Rechtsregeln herangetragen und es gilt zu prüfen, ob der Lebensvorgang als einzelner betrachtet einem der vorhandenen Modelle entspricht, die vom bestehenden Regelrecht angeboten sind.

Bei der Suche nach Übereinstimmung von einzelнем Geschehnis und passendem Regelmodell ist die heute unbestrittene¹⁰⁸ Unvollständigkeit der vorhandenen Rechtsregeln, mit anderen Worten die Anerkennung der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts von grösster Bedeutung. Erst sie erlaubt die Vereinzelung in der Fallbetrachtung¹⁰⁹ und die Wahl des Ausgangspunktes der Rechtsanwendung beim einzelnen Geschehen, weil für den Fall, dass keines der Modelle des gesetzten Rechts dem Geschehen entspricht, die Annahme einer Lücke und deren Ausfüllung durch den Rechtsanwender zwangslos erfolgen kann. Die Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Gesetze ermöglicht erst, den Fall als einzelnes Geschehen zu betrachten. Als Folge davon kann es dann bei der Lückenfüllung vielleicht zu einer Modifikation bestehender Regeln kommen¹¹⁰. Durch die Anerkennung der Möglichkeit von Lücken wird mit einem Schlage zweierlei erreicht: Zum einen müssen die vorhandenen Regeln nicht über die von ihnen erfassten Modelle menschlichen Geschehens hinaus gestreckt und überdehnt werden; zum andern wird dadurch gestattet, bei der Rechtsanwendung zuerst eine Vereinzelung des tatsächlichen Geschehens vorzunehmen, ohne von vornherein gesetzlich geregelte Tatbestände verwirklicht sehen zu müssen, und damit dem Fall als einzelнем gerecht zu werden.

107 Vgl. Troller, S. 107.

108 Vgl. dazu Liver, Einleitung, N 125 a.A.; ferner Meier-Hayoz, N 35, 288 ff. und 336 zu ZGB I.

109 Vgl. zur Vereinzelung als möglicher Form der Konkretisierung unten S. 110 ff., Ziff. V.

110 Vgl. dazu unten S. 75, lit. d.

b) Die Bedeutung freierer Auslegung bei der Rechtsanwendung

Die "Anerkennung freierer Auslegungsmethoden"¹¹¹ vermindert die Gefahren schematischer, nur am Wortsinn entwickelter Anwendung des Rechts erheblich. Damit ist eine der grossen Gefahren, die der Rechtsanwendung durch den Regelcharakter des Rechts erwachsen könnten, gebannt: diejenige starrer Regelanwendung ohne Rücksicht auf den Sinn der gesetzten Ordnung¹¹². Die anerkannten Elemente der Auslegung¹¹³ erlauben es, den verselbständigten Rechtsregeln zum Zweck der Sinnesermittlung beizukommen und die tatsächlich von der Regel erfassten Gattungs- oder Artmodelle aufzufinden. Mit diesem Vorgehen kann die Verselbständigung der Regeln unter Kontrolle gehalten werden. Zudem können die nötigen Modifikationen vorgenommen werden, um – auch bei vermeintlich klarem Wortlaut – dem Sinn der Regel oder mit anderen Worten den von ihr wirklich gemeinten Modellen gerecht zu werden¹¹⁴.

c) Die Bedeutung einer veränderten Interpretation

Eine deutliche Modifikation erfährt eine Regel, wenn sie ohne äussere Veränderung ganz anders als vorher verstanden und angewendet wird, wenn die breite Anerkennung von Lehre und Rechtsprechung einer veränderten Interpretation ein und derselben Vorschrift zukommt. In Entscheiden des schweizerischen Bundesgerichts wird eine solche markante Wende im Verständnis gleich weiterbestehender Regeln oftmals schon im Ingress unmissverständlich als "Änderung der Rechtsprechung"¹¹⁵ gekennzeichnet¹¹⁶. Einer dermassen veränderten Interpretation bestehenden Rechts

111 Vgl. Merz, N 91 zu ZGB 2.

112 Vgl. dazu auch Meier-Hayoz, N 132 ff. und 175 ff. zu ZGB 1.

113 Vgl. die ausführliche Darstellung der Elemente der Auslegung bei Meier-Hayoz, N 179 ff. zu ZGB 1.

114 In diesem Sinne wohl auch Troller, S. 118.

115 Vgl. z.B. BGE 88 II 209 ff., bes. 225/26, hinsichtlich der Vereinsform für Wirtschaftsverbände. Dass die Bezeichnung als Änderung der Rechtsprechung keineswegs immer im Ingress angebracht wird, zeigt etwa BGE 102 II 313 ff., wo erst im Kontext (S. 327) ausdrücklich von einer "Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung" gesprochen wird. Dennoch handelte es sich um eine hinsichtlich der vertraglichen Vorschlagsteilung (Art. 214 Abs. 3 ZGB) bei Güterverbindung gewichtige Änderung der Rechtsprechung "von grosser Tragweite", wie Schnyder, Supplement, S. 89, hervorhebt.

116 Auch im Bereich der Lückenfüllung sind Änderungen der Rechtsprechung selbstverständlich möglich. Vgl. als Beispiel die Entwicklung der Rechtsprechung zur Passivlegitimation für Ansprüche aus Art. 679 ZGB: In BGE 44 II 37 liess das Bundesgericht die Frage der Passivlegitimation bloss obligatorisch Berechtigter ausdrücklich offen; seit BGE 68 II 373, E. 2., ist der Inhaber eines Baurechtes am immittierenden Grundstück passivlegitimiert und in BGE 91 II 287 wurde diese analoge (lückenfüllende!) Lösung unter Berufung auf Meinungen der Lehre auf alle Inhaber beschränkter dinglicher Rechte ausgedehnt; in BGE

wird normalerweise die Erkenntnis zugrunde liegen, dass das neue Verständnis der Vorschrift aus sachlichen Gründen^{117, 118} den Sinn des Gesetzes besser trifft.

Ohne die verschiedenen damit verbundenen Probleme weiter zu verfolgen, kann hinsichtlich der im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Frage festgehalten werden, dass bei einer allgemein anerkannten Neuinterpretation gleichbleibender Regeln eine eigentliche Modifikation der Rechtsregeln im Wege der Rechtsanwendung geschieht.

d) Die Bedeutung der Lückenfüllung (den Verweis auf Billigkeit ausgenommen)

Nur ein besonderes Vorgehen bei der Lückenfüllung sei hier mit wenigen Worten gestreift, weil dabei auch eine Modifikation bestehender Regeln abläuft. Bei der sog. *Gesetzesanalogie*¹¹⁹ wird eine bestehende Vorschrift über das ursprünglich von ihr erfasste Modell hinaus auf weitere Fälle oder gar ganze Gruppen von Fällen, die sich vielleicht später zu einem eigenen Untermodell dieser Norm im Bereich der Lückenfüllung entwickeln, zur Anwendung gebracht, weil die Ähnlichkeiten dieser neuen Fälle mit dem Gattungs- oder Artmodell der betreffenden Vorschrift so gross sind, dass sich eine sog. analoge Anwendung rechtfertigt. Analogieschlüsse modifizieren demnach ebenfalls die Regel, von der sie schliessen; eine Folge, die m.E. im Auge behalten werden sollte, um ungewollte Rückwirkungen auf die ursprüngliche Norm und das ihr zugrundeliegende Modell einer Lebensbeziehung zu vermeiden.

Dass auch richterlich geschöpfte Rechtsregeln eine Veränderung erfahren können, ist schon angedeutet worden¹²⁰. Dabei können die bisherigen Lösungen modifiziert, völlig fallengelassen oder theoretisch gar durch ihr Gegenteil ersetzt werden¹²¹. Das ist dann jedoch keine Regeldurchbrechung, sondern Änderung bisheriger Lückenfüllung.

101 II 249, E. 2., wurde nunmehr die Passivlegitimation eines Pächters bejaht, ohne auf die Gegenargumente in der Lehre, die bei Meier-Hayoz, N 62 zu ZGB 679, zusammengestellt sind, näher einzutreten.

117 Vgl. dazu die Ausführungen bei Meier-Hayoz, N 507 ff. zu ZGB 1, im Rahmen der Untersuchung der Grenzen der Befolgungspflicht gegenüber Präjudizien, die in Anwendung gesetzten Rechts ergangen sind.

118 Diese Erkenntnis führte auch zur Begründung des schon in Anm. 115 genannten Urteils BGE 88 II 209 ff., während in BGE 90 II 333 ff. die frühere Rechtsprechung offenbar ohne diese Erkenntnis und aus anderen Gründen "wiederhergestellt" wurde.

119 Vgl. zur Gesetzesanalogie und zur Unterscheidung zur Rechtsanalogie Meier-Hayoz, N 346/47 und 351/52 zu ZGB 1; ferner Larenz, S. 368–371, mit abweichenden terminologischen Vorschlägen.

120 Vgl. dazu oben Anm. 116.

121 Vgl. ausführlicher zur Änderung lückenfüllender Rechtsregeln Meier-Hayoz, N 510 ff. zu ZGB 1, im Rahmen der Erläuterungen zur Begrenzung der Befolgungspflicht von lückenfüllend gefundenen Urteilen.

e) Die ausdrückliche Verpflichtung zur Regelbildung in Art. 1 Abs. 2 ZGB

Vorschriften des Rechts müssen, um ihre Ordnungsaufgabe erfüllen zu können und an das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse als vorgegebener Grösse anzuknüpfen, Regeln sein. Daher wurde gefolgert, Recht sei normalerweise immer Regelbildung; darüber hinaus hat sich gezeigt, dass jede rechtliche Betrachtungsweise aus den soeben wiederholten Gründen zunächst die Tendenz zur Regelhaftigkeit in sich trägt¹²². Dieser fundamentalen Tendenz des Rechts trägt Art. 1 des ZGB in seinem Abs. 2 Rechnung, indem er den Richter anweist, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde: "Er müsse modo legislatoris vorgehen"¹²³, wenn ihm Gesetz oder Gewohnheitsrecht keine Lösung anbieten. Für den Bereich der Lückenfüllung und für die mit ihr möglicherweise verbundenen Regelmodifikationen¹²⁴ ist damit die Verpflichtung zur Regelbildung ausdrücklich positiviert worden¹²⁵.

Sowohl auf Grund der Anordnung von Art. 1 Abs. 2 ZGB als auch infolge der allgemeinen Tendenz rechtlicher Betrachtungsweise der Wirklichkeit zur Regelbildung konnte bei den bisher erörterten Modifikationsmöglichkeiten der Rechtsanwendung *kein* nicht-regelbildender Mechanismus festgestellt werden.

4. Das weitere Vorgehen

Die behandelten Modifikationsmöglichkeiten sollten in Erinnerung rufen, dass es sehr verschiedene Mechanismen als Gegengewichte zur Verselbständigung des Regelrechts in objektiviertem Geist gibt. Jetzt wenden wir uns der Frage nach in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen prinzipiellen Mechanismen der Regelmodifikation oder -durchbrechung zu.

122 Vgl. dazu oben S. 56, Ziff. 2.

123 Vgl. Meier-Hayoz, N 317 a.A. zu ZGB 1.

124 Vgl. die Hinweise soeben S. 75, lit. d.

125 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 316 und 318 zu ZGB 1.

C. Eigentliche Korrekturprinzipien der Rechtsordnung

1. Allgemeines; die grundsätzlichen Möglichkeiten

a) Regelmodifikation und Regeldurchbrechung als denkbare Prinzipien

Im Vordergrund des Interesses steht nunmehr die Frage nach *Prinzipien* der Regelmodifikation oder der Regeldurchbrechung. Sind in der geltenden Rechtsordnung enthaltene allgemeine Grundsätze nach Massgabe des entwickelten Begriffes der Prinzipien¹²⁶ denkbar, welche einzig zum Zweck gewisser Modifikationen oder Durchbrechungen bestehender Regeln geschaffen worden sind? Auf die theoretische Frage nach der Denkbarekeit kann die Antwort ohne Bedenken Ja lauten. Genauere Erörterungen müssen nunmehr folgen.

b) Das Abgehen von der Betrachtung nach Gattungsallgemeinheit und Artbesonderem als mögliches Mittel von Modifikation oder Durchbrechung geltender Regeln

Der normalerweise üblichen Ausrichtung des Rechts an Gattungs- und Artmodellen resp. der Erfassung von Durchschnittsfällen durch die Rechtsnormen entsprechen Denkoperationen, die sich im Spannungsfeld zwischen Gattungsallgemeinem und Artbesonderem bewegen¹²⁷. Die Suche nach *Korrekturprinzipien* im bestehenden Recht wird besonders in die Richtung führen müssen, ob es Grundsätze gibt, die andere Vorgänge anstelle der geistigen Tätigkeit zwischen Gattungsallgemeinheit und Artspezifikation verlangen. Ferner wird danach zu fragen sein, welche Operationen an die Stelle der üblichen Denkvorgänge treten¹²⁸.

c) Der Verzicht auf Regelbildung als mögliche Folge bei Korrekturprinzipien des geltenden Rechts

Dass es für das Recht unerlässlich ist, sich an den Einteilungen nach sachlichen Bereichen zu orientieren, die sich aus den vorgegebenen Lebensverhältnissen ergeben, hat sich erwiesen¹²⁹. Es entspricht diesen Erkenntnissen, dass sich alle Rechtsregeln und all ihre Anwendungen immer wieder nach Sachgruppen, die den

126 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

127 Vgl. dazu oben S. 56 ff., lit. C., bes. S. 58/9, Ziff. 3.

128 Vgl. ausführlicher dazu unten S. 119, lit. B., und S. 124 ff., Ziff. III.

129 Vgl. dazu oben S. 29, Ziff. 1.; S. 33/4, Ziff. 2.; S. 53, lit. a.

vorgegebenen Verhältnissen nachgebildet sind, ausdifferenzieren lassen. Dieses Minimum an Unterscheidungsmerkmalen drängt sich auch für die vielen Fälle der – wenn auch nur indirekten – Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf, um sie durchschaubarer zu machen¹³⁰, womit der Rechtssicherheit ein grosser Dienst geleistet wird. Die *Sachgruppenbildung* ist der Natur der “Sachen” wegen ein Vorgang, der mit allem Recht, jeder Rechtsanwendung und insbesondere auch mit der Gliederung aller Anwendungen von Rechtsprinzipien immer einhergeht. Dieses *Minimum* an Gliederung ist aber auf gar keinen Fall der Formulierung von Rechtsregeln gleichzusetzen. Während die Bildung von Sachgruppen nur der Verschiedenheit der tatsächlichen einzelnen Verhältnisse Rechnung trägt, ergibt sich die Setzung von Regeln aus der Ordnungsaufgabe des Rechts und der Wesensbetrachtung der vielen vorgegebenen realen Erscheinungen von Lebensereignissen¹³¹.

An der Differenzierung nach Sachgruppen nehmen nach diesen Überlegungen mit Sicherheit auch die Anwendungen eigentlicher Korrekturprinzipien teil. Hingegen wird es sich bei ihrer Analyse als zweckmässig erweisen, genau auseinanderzuhalten, ob sie regelbildend sind, oder ob aus bestimmten Gründen zusätzlich zu einer besonderen Denkopoperation bei ihrer Anwendung¹³² von der üblichen Eigenschaft der Regelbildung Abstand genommen werden soll. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass aussergewöhnliche Umstände geradezu verlangen, dass von der Prägung von Regeln abgesehen wird¹³³ und man sich mit der Sachgruppenbildung zu begnügen hat.

2. Ein Beispiel: Das sog. Billigkeitsprinzip

a) Das Abgehen von der Betrachtung nach Gattungs- oder Artmodellen

Die Anweisung, in bestimmten Fällen nach Recht *und* Billigkeit zu entscheiden, hält das schweizerische ZGB in seinem Art. 4 ausdrücklich fest. Ohne auf alle Einzelheiten einzugehen¹³⁴, sollen einige allgemeine Bemerkungen zu diesem Prinzip als *Korrekturprinzip* gemacht werden.

Die Beurteilung von Fällen *ex aequo et bono* bzw. nach Recht und Billigkeit “gab es zu allen Zeiten (...) und gibt es in allen Rechtsordnungen, wenn auch in

130 Vgl. dazu unten S. 81, Ziff. 3., und S. 127, lit. c.

131 Vgl. zum Ordnungselement oben S. 51, Ziff. 3., und S. 52, lit. C.; hinsichtlich der Wesensbetrachtung oben S. 53/4, lit. b, und S. 56 ff., Ziff. 1.

132 Vgl. dazu soeben S. 77, lit. b.

133 Vgl. dazu mehr unten S. 81, Ziff. 3., und S. 127, lit. c.

134 Vgl. ausführlicher dazu die Kommentierung von A. Meier-Hayoz im Berner Kommentar zu ZGB 4.

verschiedenem Umfang¹³⁵. Die Verselbständigung bestehenden Regelrechts¹³⁶ in seiner niedergeschriebenen Form verlangt nach diesem Prinzip, bei dessen Gebrauch die Würdigung der besonderen Umstände der vorliegenden Lebensbeziehung bei der Beurteilung über die übliche Betrachtung nach Gattungs- und Artmodellen hinaus erfolgen muss¹³⁷. Dabei wird vermehrt auf das Individuelle des einzelnen Falles abgestellt. Insofern kann man sagen, Billigkeit sei “der zum Korrekturprinzip verselbständigte Ausgleich zu der Selbständigkeit der Form, die mit institutionellen Rechtsgarantien notwendig einhergeht”¹³⁸. Die Verselbständigung der Rechtsregeln ist es, welche dieses Korrekturprinzip für jedes Recht, das unter dem Programm der Gerechtigkeit steht, in irgendeiner Form notwendig macht¹³⁹. Das Abgehen von der Betrachtung nach Gattungsgemeinheit oder Artbesonderheit und der Übergang zu einer individualisierenden Form der Würdigung der Umstände ist kennzeichnend für das Urteilen nach dem Prinzip der Billigkeit.

b) Kein absoluter Verzicht auf Regelbildung

Die Ausbildung einer Regel ist beim Urteil nach Billigkeit weder erforderlich noch in erster Linie anvisiert. Es fragt sich aber, ob nicht doch beim Vergleich späterer Fälle, die eine Würdigung der Umstände erheischen, auf die früheren Billigkeitsentscheidungen aus Gründen der Rechtssicherheit zurückgegriffen werden muss. Die Vertretbarkeit der Billigkeitsentscheidung als rechtlich anzuerkennende wird eine “Tendenz zur Generalisierung”¹⁴⁰ unweigerlich auch in diese Entscheidung hineinragen. Die Anweisung zur Billigkeitsentscheidung ist ja selbst Teil des geltenden Rechts und unterstellt sich damit in abgeschwächter Form zwar – der klaren Individualisierungsaufgabe wegen –, aber dennoch unübersehbar der Ordnungsfunktion des Rechts. Dass längerfristig aus mehreren Billigkeitsurteilen Regeln sichtbar werden, verlangt eben die Ordnungsfunktion des Rechts. Hingegen entfällt die unmittelbare Formulierung brauchbarer Regeln im einzelnen Billig-

135 Vgl. Meier-Hayoz, N 6 zu ZGB 4, unter Hinweis auf Bürgi, S. 54 ff.

136 Vgl. dazu oben S. 70/1, Ziff. 1.

137 Es geht dabei also um eine individualisierende Präzisierung bei der Rechtsanwendung, nicht etwa um die sog. freie Beweiswürdigung; vgl. ausführlicher zu dieser Abgrenzung Meier-Hayoz, N 28 ff., 57 und 61 zu ZGB 4.

138 Vgl. Esser, S. 153.

139 Die Gerechtigkeit ist in manchen Fällen die Triebfeder dafür, von der formalisierenden Erfassung der Ereignisse in den verselbständigten Regeln zur präziseren Analyse der individuellen Umstände vorzustossen. Insofern befolgt das Billigkeitsprinzip ein ethisches Postulat und es kann “sein ursprünglicher Zusammenhang mit der Ethik” (Bürgi, S. 54) nie verlorengehen. Indes ist es selbst kein Prinzip mit eigener ethischer Aussage, sondern ein weitgehend technisiertes Korrekturprinzip gegenüber der Regelmäßigkeit des Rechts, das höchstens einem ethischen Postulat teilweise zum Durchbruch verhilft.

140 Vgl. Meier-Hayoz, N 21 zu ZGB 4; Hervorhebung weggelassen.

keitsurteil, weil gerade die Betrachtung nach dem *Wesen* der zu ordnenden Verhältnisse durch die individualisierende Würdigung der Umstände *ersetzt* wird. Eine der beiden Hauptursachen der Regelbildung fehlt demnach, weil im Billigkeitsurteil von der Betrachtung nach Gattungs- oder Artmodellen abgesehen wird. Die andere allein genügt aber, um es mit einer gewissen Verzögerung bei ähnlichen Fällen dennoch zur Regelbildung kommen zu lassen¹⁴¹. Wenn es anfänglich auch bei der Sachgruppenbildung sein Bewenden hat, wird aus dem Grunde der Ordnungsaufgabe des geltenden Rechts auch bei Billigkeitsurteilen die Generalisierung bis hin zur Regelbildung geschehen.

c) Billigkeit als Prinzip der Regelmodifikation

Der Rechtsanwender hat gemäss Art. 4 ZGB überall dort nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, wo ihn das Gesetz mittels gewisser Formulierungen darauf weist. Dabei ist die Aufzählung in Art. 4 ZGB nicht als eine abschliessende zu verstehen¹⁴². Es sind also zunächst schon Rechtsregeln vorhanden, zu denen das Billigkeitserfordernis *hinzutritt*. Das Prinzip der Billigkeit *variiert* und *modifiziert* daher bestehendes Regelrecht nur. Die Verweisungen auf das billige Recht bilden insofern nur einen – wenn auch grossen – Teilbereich der sog. Lücken *intra legem*¹⁴³. Auch bei der Füllung der übrigen Lücken, bei der im Normalfall regelbildend vorzugehen ist¹⁴⁴, kann es aber unter Umständen zu einer Entscheidung nach billigkeitsjuristischer Methode kommen¹⁴⁵.

Ob Normen des gesetzten Rechts oder Resultate der übrigen lückenfüllenden Tätigkeit, immer sind es schon geformte Regeln, in deren Zusammenhang die Entscheidung nach Billigkeit ergehen soll. Das Billigkeitsprinzip ist daher als ein Prinzip der Regelmodifikation, nicht etwa als solches der Regeldurchbrechung zu qualifizieren¹⁴⁶. Das übrige Recht darf mit anderen Worten vom Billigkeitsurteil nicht umgangen und faktisch ausser Kraft gesetzt werden.

141 Aus diesem Grunde kann m.E. auch für Billigkeitsentscheidungen auf die Dauer “eine generalisierende Lösung angemessen sein”, wie Ott, S. 170, sagt.

142 Vgl. dazu ausführlicher Meier-Hayoz, N 9, 56 ff., bes. N 56 und 69 ff., zu ZGB 4.

143 Sie sind als Verweisungen in einem weiteren Sinne Teil dieser Ausführungslücken; vgl. dazu Meier-Hayoz, N 262 ff., bes. N 265/66 zu ZGB 1; ferner ders., N 18 zu ZGB 4.

144 Vgl. dazu oben S. 75, lit. d.

145 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 74 zu ZGB 4; ferner Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 493 ff.

146 Damit ist keineswegs gesagt, der Rechtsanwender sei immer an die Zwecke und Werte des bestehenden Rechts gebunden. Diese können von der Modifikation gar korrigiert werden. Ausgeschlossen ist damit aber eine Billigkeitsentscheidung entgegen dem geltenden Recht; vgl. dazu auch Meier-Hayoz, N 42–44 zu ZGB 4.

3. Folgerungen für ein Korrekturprinzip der Regeldurchbrechung

Aus den letzten Bemerkungen folgt, dass ein eigentliches Prinzip der Regeldurchbrechung, das sowohl eine individualisierende Betrachtung erfordert als auch auf Regelbildung weitestgehend verzichtet, ganz besonderer Ursachen und Umstände bedarf, um in einer ganzen Rechtsordnung überhaupt je zum Tragen zu kommen. Die Missbilligung der Resultate, die sich bei der Anwendung des geltenden Regelrechts ergeben kann, muss einen ausserordentlich hohen Grad erreichen, damit einem solchen Prinzip die Tore geöffnet werden dürfen. Darum wird sich auch die Anzahl seiner berechtigten Anwendungsfälle sehr in Grenzen halten; denn es sind dreierlei *ungewöhnliche Vorgänge* mit ihm verbunden: zum einen die Berücksichtigung des Individuell-Originalen als Basis der Entscheidung, ferner die Beschränkung auf Sachgruppenbildung hinsichtlich seiner Anwendungsfälle unter Verzicht auf Regelbildung und drittens die Entscheidung entgegen bestehendem und in Geltung bleibendem Recht durch zulässige Regeldurchbrechung. Im besonderen der Verzicht auf Regelbildung muss sich aus der Tatsache der Durchbrechung bestehenden Rechts als unbedingtes Erfordernis aus rechtsstaatlichen Gründen ergeben, weil die Anforderungen der Gewaltenteilung und damit der Rechtsetzungsprimat der dafür zuständigen Organe hier in noch weit grösserem Ausmass gefährdet sind, als das schon bei Billigkeitsentscheiden der Fall ist¹⁴⁷. Die Formulierung von Regeln würde bei der Anwendung eines Prinzips, das geltendes Recht durchbricht, die Überdehnung dieses Grundsatzes nur fördern. Bei der Untersuchung eines Korrekturprinzips der Regeldurchbrechung müssen zudem die Massstäbe, die eine Anwendung eines solchen technisierten Prinzips zulassen könnten, genau erforscht werden für jeden einzelnen Fall. Auf all diese Ausnahmeeigenschaften wird bei der Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes zurückzukommen sein¹⁴⁸; als allgemeine Eigenschaften eines Prinzips der Regeldurchbrechung können sie hier schon festgehalten werden.

147 Vgl. zu diesen und weiteren Bedenken bezüglich der Billigkeitsentscheidungen Meier-Hayoz, N 34–36 zu ZGB 4.

148 Vgl. dazu unten S. 313 ff., § 23, sowie S. 355 ff., § 24.

VIII. Resultate: Das Verhältnis von Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts

Seines Ordnungsauftrages und der Erkenntnis der Wesenheiten der vorgegebenen Lebensverhältnisse wegen tendieren Recht und rechtliche Betrachtungsweise normalerweise zur Regelbildung. Die weitere Analyse des Regelbildungsvorganges zeigt, dass dabei Gattungs- oder Artmodelle als Destillate aus der Mannigfaltigkeit der Lebensvorgänge gewonnen werden, was sich aus der Sicht der bestehenden Regeln als Anknüpfung an Durchschnittsfälle erweist. Die geistigen Tätigkeiten, die dieser fundamentalen Regelbildungseigenschaft rechtlichen Menschenwerks entsprechen, bewegen sich im Spannungsfeld zwischen Gattungsallgemeinheit und Artspezifikation. Die häufig anzutreffende Benutzung von Erfahrungssätzen bestätigt die Qualifikation dieser geistigen Tätigkeiten. Das originär Individuelle des jeweiligen Geschehens kann daher im Rahmen regelbildender rechtlicher Beurteilung im allgemeinen keine Berücksichtigung finden.

Prinzipien des Rechts nehmen ihrer Rechtsqualität wegen an der Tendenz zur Regelbildung normalerweise teil. Eine gewichtige Besonderheit weisen sie dadurch auf, dass – anders als beim direkt anwendbaren Rechtssatz – die Prägung von Gattungs- oder Artmodellen auf dem Wege der Konkretisierung weitgehend dem Rechtsanwender überlassen ist, der sie nichtsdestoweniger vorzunehmen hat.

Prinzipien mit eigenem eindeutig ethischem Inhalt sind kraft ihrer Massstabfunktion durchaus der Regelbildung fähig. Darüber hinaus bedürfen sie als Teile der Rechtsordnung auch der Regelbildung. Mit der regelbildenden Ethisierung des Rechts ist daher immer eine Konventionalisierung des Ethos verbunden. Zudem muss festgehalten werden, dass ethische Vorschriften im Recht – insbesondere solche prinzipieller Art – nicht als Gebote, sondern nur bei ihrer Verletzung, oft erst bei einer besonders krassen, und insofern als Verbote Rechtsfolgen nach sich zu ziehen vermögen.

Bestehendes Regelrecht erfährt eine Verselbständigung, die es zu objektiviertem, manchmal gar zu objektivem Geist werden lässt. Die Lebensbeziehungen und die lebendige Anschauung zu Rechtsfragen sind demgegenüber dauernd im Fluss. Der Rechtsanwender kann sich daher nicht mit der blossen Anknüpfung an die Regelhaftigkeit des Rechts begnügen. Er benötigt Anpassungsmöglichkeiten v.a. für Fälle, wo verselbständigte Regeln und aktuelle Lebensvorgänge auseinanderzuklaffen drohen. Dazu stehen ihm verschiedene Mittel zur Verfügung, von denen nur die Bedeutung der Anerkennung freierer Auslegungsmethoden, die Möglichkeit der Neuinterpretation gleichbleibender Regeln und die Anerkennung der Lückenhaftigkeit allen Rechts mit ihren Folgen in Erinnerung gerufen seien.

Im besonderen gilt es, die möglichen Eigenschaften eigentlicher *Korrekturprinzipien* gegenüber der Regelhaftigkeit, die in der geltenden Rechtsordnung enthalten sein könnten, hervorzuheben:

- Sie können solche der Modifikation oder solche der Durchbrechung bestehenden Regelrechts sein.
- Sie können an der Stelle der Denkvorgänge von Gattungsallgemeinheit und Art-besonderung eine neue geistige Tätigkeit bei der Urteilsfindung einführen.
- Sie können sich unter Verzicht auf Regelbildung auf die Einteilung ihrer Anwendungsfälle nach Sachgruppen, die in Anlehnung an die jeweilige Natur der Sache gefunden werden, beschränken.

Als ein Prinzip der Variierung und Modifizierung geltenden Rechts, das zwar eine individualisierende Beurteilung verlangt, aber längerfristig an der Tendenz zur Generalisierung und damit zur Regelbildung nicht vorbeigeht, eröffnete sich das sog. Billigkeitsprinzip.

Rechtsstaatliche Gründe verlangen für ein eigentliches Prinzip der Regeldurchbrechung, das ein Urteilen entgegen bestehendem Regelrecht zulassen würde und durchaus denkbar ist, den unbedingten Verzicht auf Regelbildung und die Beschränkung auf Sachgruppenbildung hinsichtlich der bei seiner Konkretisierung gefundenen Anwendungsfälle. Zugleich wird sich dabei eine Entscheidung mit Rücksichtnahme auf das Individuell-Originale aufdrängen, um eine Überdehnung dieser Ausnahmefälle zu vermeiden. Auf all diese Ausnahmeeigenschaften wird bei der Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB zurückzukommen sein, wenn es darum geht zu überprüfen, ob darin ein eigentliches Prinzip der Regeldurchbrechung enthalten sei.

Abschliessend kann gesagt werden, dass es im Verhältnis zur Rechtsordnung als allgemein regelbildender und normalerweise im Maximum spezifizierender Betrachtung Mechanismen gibt, die vorab im Dienste der Gerechtigkeit der Originalität der einzelnen Lebenserscheinungen Eingang in die rechtliche Beurteilung verschaffen. In gewissen Fällen untersagen sie sogar die Bildung von Regeln gebiets- risch, weil sie weiterbestehendes Regelrecht ausnahmsweise durchbrechen. Ein solcher Mechanismus ist auch als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip denkbar.

§ 4 DIE BEDEUTUNG DER POSITIVRECHTLICHEN RECHTFERTIGUNG VON PRINZIPIEN DES RECHTS

I. Vorbemerkungen

In erster Linie soll im folgenden abgeklärt werden, in welchen Fragen die "Herleitung" eines Prinzips aus der geltenden Rechtsordnung, seine "Abstützung" auf das positive Recht von kleinerer oder grösserer Tragweite ist. Dabei wird sich zeigen, dass ein Prinzip, das nirgends seine positivrechtliche Rechtfertigung findet, für die Rechtsanwendung wenig tauglich ist. Die weitere Gliederung der Erörterung folgt schlicht der zunehmenden Bedeutung der Herleitung von Prinzipien aus dem geltenden Recht mit Veränderung der Fragestellung¹.

In einem Anhang sollen sodann einige allgemeine Bemerkungen über die indirekte² praktische Anwendbarkeit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefügt werden³.

II. Die relativ geringe Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung zur Erkenntnis von Rechtsprinzipien an sich

A. Im allgemeinen

Allgemeine Rechtsgrundsätze haben oftmals einen hohen Grad an Selbstevidenz⁴, den sie der Bewahrung ihrer inhaltlichen Kohärenz verdanken, die wiederum Ursache ihrer konkretisierungsfähig bleibenden besonderen Allgemeinheitsstufe ist⁵. Daher kommen sie häufig schon durch ihre "geistige Überzeugungskraft"⁶ zu ihrer Wirksamkeit in der Gedankenwelt des Wissenschaftlers oder des Rechtsanwenders und er benutzt sie bei seiner Tätigkeit mit. Der Erkenntnis sind Rechtsgrundsätze ohne weiteres und ohne besondere Ableitung aus dem geltenden Recht zugänglich⁷. Das will sagen, der Erkenntnisakt als solcher hänge in keiner Weise zwingend davon ab, was in der jeweiligen Rechtsordnung enthalten ist⁸. Ob ein allgemeiner Rechts-

1 Vgl. unten S. 84 ff., Ziff. II. – V.

2 Vgl. zur Indirektheit der Anwendung oben S. 8 ff., Ziff. II., und S. 13/4, nach Anm. 51.

3 Vgl. unten S. 91, Ziff. VI.

4 Vgl. dazu oben S. 13, nach Anm. 49; S. 28, nach Anm. 11; ferner S. 33/4, bei Anm. 45.

5 Vgl. dazu oben S. 20 ff., lit. C.

6 Vgl. Huber, Verhältnismässigkeit, S. 19.

7 Vgl. z.B. oben S. 41, Ziff. 1.

8 Beachte aber immerhin unten S. 88, Ziff. III.

grundsatz dem geltenden Recht zugeschrieben und aus ihm abgeleitet wird, spielt für die Möglichkeit seiner Erkenntnis an sich eine zweitrangige Rolle. Daraus folgt zwanglos die schon früher gemachte Feststellung⁹, dass es beim Versuch der Eingliederung eines Prinzips in das bestehende Recht nicht von besonderer Bedeutung sein kann, auf welcher normenhierarchischen Stufe man es ansiedeln möchte. *H. Huber* weist darauf hin, dass solche Betrachtung moderner rechtlicher Denkweise nicht mehr entsprechen würde, wenn er sagt¹⁰:

“Nach dem Ausgang des Mittelalters war in andern Zusammenhängen ein derartiges ‘legeshierarchisches Denken’ allerdings noch verbreitet.”

Juristische Erkenntnis, auch diejenige eines Grundsatzes, bedarf nicht jederzeit der Abstützung auf bestehendes Recht und erst recht nicht auf eine bestimmte Stufe der Normenleiter.

Nach diesen Erwägungen lässt sich sagen, ein Ableitungszusammenhang mit dem aktuellen positiven Recht sei für den Erkenntnisakt eines Prinzips an sich nur von geringer Bedeutung. Dem widerspricht nicht, dass das positive Recht selbst zur Erkenntnisgrundlage eines Prinzips werden kann¹¹. Es ist damit nur zum Ausdruck gebracht, dass die Erkenntnismöglichkeit als solche unabhängig von der jeweiligen Rechtsordnung besteht.

B. Bei vorgegebenen Prinzipien im besonderen

Prinzipien, die in Entsprechung zu ihrem Wesen nach der Rechtsordnung vorgegebenen Phänomenen entstanden sind, haben wir als vorgegebene Prinzipien gekennzeichnet¹². Da sich ihre Erkenntnis aus vorgegebenen Lebenserscheinungen ergibt oder manchmal gar aufdrängt¹³, verliert ihre positivrechtliche Rechtfertigung in besonderem Masse an Bedeutung. Die Möglichkeit eines auf sie bezogenen Erkenntnisaktes ist nämlich schon in der Natur der Sache angelegt¹⁴.

Vorgegebene Prinzipien werden unter der Herrschaft jeder Rechtsordnung in das Bewusstsein jener eindringen, die sich mit dem Recht beschäftigen. Sie haben die schon angesprochene Selbstevidenz in höchstem Masse. Sie ergibt sich bei ihnen aus ihrer Entsprechung zum unübergebar Vorgegebenen. Die Erkenntnis vorgegebener Prinzipien wird daher zwangsläufig und ohne besondere Berücksichtigung einer

9 Vgl. dazu oben S. 28, Ziff. II.

10 Vgl. Huber, Verhältnismässigkeit, S. 20, in Anm. 78.

11 Vgl. dazu unten S. 88, Ziff. III.

12 Vgl. dazu oben S. 32 ff., lit. B.

13 Vgl. dazu oben S. 35 ff., lit. b.

14 Vgl. zum Begriff der Natur der Sache oben S. 54/5, Ziff. 2.

positivrechtlichen Herleitung ablaufen. Ebenfalls früher ist schon festgehalten worden, dass auch vorgegebene Prinzipien für ihre Anwendbarkeit eines Begründungszusammenhangs bedürfen¹⁵. Darauf wird demnächst zurückgekommen¹⁶.

C. Beispiele zur Selbständigkeit des Erkenntnisaktes

1. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz¹⁷ bei Grundrechtseingriffen

Ob dieser Grundsatz “mit der Grundrechtsgarantie selbst statuiert”¹⁸ ist¹⁹, oder ob er der Begründung aus Art. 4 BV bedarf²⁰, ist für seine Erkenntnis als solche von untergeordneter Bedeutung. Er gilt denn auch mit verschiedenen Begründungen in allen hochentwickelten Rechtsordnungen unter irgendeiner Bezeichnung und mit irgendeiner den Besonderheiten des jeweiligen Rechts angepassten Herleitung. Dass es auch im schweizerischen Recht nicht unbedingt notwendig ist, diesen Grundsatz förmlich dem Verfassungsrecht zuzuordnen und dass er dennoch “– materiell – verfassungsrechtliche Bedeutung erlangt”²¹, hat *H. Huber*²² m.E. deutlich dargelegt. Die Wirkkraft dieses Prinzips kommt unweigerlich und ohne eine einzig zwingende Herleitung aus dem geltenden Recht zum Tragen, weil seine Erkenntnis unabhängig davon ist.

2. Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss

Es ist allgemein anerkannt, dass dieser Grundsatz einen “Ausfluss”²³ von Treu und Glauben darstellt. Man könnte sagen, es handle sich um eine Konkretisierung des letztgenannten Prinzips²⁴. Wie sehr jedoch die Erkenntnis des Vertrauens-

15 Vgl. dazu oben S. 35, nach Anm. 53.

16 Vgl. unten S. 89 ff., Ziff. V.

17 Gemeint ist dabei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, also die Verhältnismässigkeit von Mittel und Zweck beim Grundrechtseingriff; vgl. zu den Differenzierungen innerhalb der Verhältnismässigkeit in einem weiteren Sinne ausführlicher Hotz, S. 12 ff., und Müller, S. 217.

18 Vgl. Saladin, Fairness, S. 61.

19 Vgl. ausführlicher zu dieser Möglichkeit Hotz, S. 27 ff.

20 Vgl. ausführlicher zu dieser Möglichkeit Hotz, S. 59 ff.

21 Vgl. Zimmerli, S. 20.

22 Vgl. Huber, Verhältnismässigkeit, S. 17 ff., bes. S. 20.

23 Vgl. z.B. Meier-Hayoz, Diss., S. 132/33; ferner Merz, N 125 zu ZGB 2; grundlegend schon Oftinger, Auslegung, S. 178 ff.

24 Vgl. mehr zur Konkretisierung als Denkvorgang unten S. 103 ff., § 6 (zur Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung); S. 106 ff., § 7 (zu Varianten des Begriffes der Konkretisierung); ferner S. 121 ff., § 8 (zur Konkretisierung von Prinzipien des Rechts).

prinzips unabhängig von seiner positivrechtlichen Rechtfertigung abgelaufen ist, zeigen in aller Klarheit die folgenden Worte von *A. Meier-Hayoz*²⁵:

“Wie sehr die Lehre dabei auch praeter legem vorgeht, so ist sie doch immer bestrebt gewesen, ihre Vorschläge letztlich im Gesetz zu verankern und sie als Ausfluss der tragenden Prinzipien unserer Privatrechtsordnung zu erklären. Dabei hat das in Art. 2 des Zivilgesetzbuches enthaltene Gebot von Treu und Glauben eine ausschlaggebende Rolle gespielt. Doch muss man sich darüber klar sein, dass das Vertrauensprinzip nicht so sehr aus dieser Generalklausel heraus entfaltet, sondern dass die weitgehend unabhängig davon entwickelte wissenschaftliche Theorie darauf nur *abgestützt* wurde.”

Die nachträgliche Abstützung auf Art. 2 Abs. 1 ZGB bestätigt die Unabhängigkeit des Erkenntnisaktes hinsichtlich des Vertrauensprinzips vom aktuellen positiven Recht.

Zur Selbständigkeit dieses Erkenntnisaktes passt der Weg, den die deutsche Lehre ging. Auch dort ist das Vertrauensprinzip trotz der engeren Fassung von § 242 BGB²⁶ heute als “immanentes Prinzip vor allem unserer Zivilrechtsordnung”²⁷ durchwegs anerkannt²⁸.

D. Schlussbemerkung

Obgleich die Unabhängigkeit der Erkenntnis von Rechtsprinzipien vom geltenden Recht nachgewiesen und mit Beispielen belegt worden ist, soll nunmehr auf die Vorteile und Folgen eines Begründungszusammenhanges mit dem geltenden Recht eingetreten werden.

25 Vgl. Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft, S. 94/5; die Hervorhebung am Schluss des Zitats ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

26 § 242 BGB lautet unter dem Titel “Leistung nach Treu und Glauben”: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

27 Vgl. Larenz, S. 414.

28 Vgl. auch etwa Hueck, S. 10, mit weiteren Hinweisen auf die Literatur; ferner in allgemeinem rechtsvergleichendem Zusammenhang Esser, S. 373 ff.

III. Das Genügen der Positivierung als Erkenntnisgrund für Rechtsprinzipien

Schon bei der Untersuchung der verschiedenen Arten von Prinzipien des Rechts hat sich das geltende Recht als eine Erkenntnisgrundlage für allgemeine Rechtsgrundsätze eröffnet. Besonders hervorgehoben und dem Begriff der Generalklausel zugewiesen wurden dabei die ausdrücklich positivierten Prinzipien²⁹. Ebenfalls wurde festgehalten, dass ein Erkenntnisgrund für ein Prinzip genügt und der Rechtsanwender daher bei in der geltenden Rechtsordnung enthaltenen Prinzipien einer weiteren Suche nach dem Geltungsgrund enthoben ist. Die zusätzliche Geltung als vorgegebenes Prinzip bestärkt nur noch die Gewissheit, den betreffenden Grundsatz bei der Rechtsanwendung berücksichtigen zu müssen³⁰. Die Fixierung eines Prinzips im positiven Recht erleichtert also zunächst die Erklärung seines Geltungsanspruches ganz gewaltig. Das gilt noch viel mehr für Generalklauseln. Ihr eigentlicher Erkenntnisakt wird vollzogen, indem man das Gesetz liest, und ist damit auch schon abgeschlossen. Diese Erleichterung des Vorganges der Erkenntnis als solcher wird uns bei der genaueren Analyse von Art. 2 ZGB zustatten kommen³¹.

Obschon also die Erkenntnis eines Prinzips nicht von seiner Abstützung im positiven Recht abhängt, genügt im Falle seiner Positivierung das geltende Recht vollkommen zu seiner Erkenntnis und enthebt von einer weiteren Suche nach dem Geltungsgrunde.

IV. Grosse Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung von Rechtsprinzipien für ihr Gewicht als Hilfsmittel der Rechtsfindung

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind als Hilfsmittel der Auslegung³² und der Lückenfüllung³³ anerkannt und es wird von ihnen in dieser Eigenschaft reger Gebrauch gemacht³⁴. Steht ein Prinzip erkenntnismässig fest, hat es aber (noch)

29 Vgl. oben S. 37 ff., lit. C.; zum Begriff der Generalklausel im besonderen S. 39, lit. b.

30 Vgl. dazu oben S. 40, Ziff. 1.

31 Vgl. dazu unten S. 222 ff., lit. B., sowie S. 320 ff., lit. B.

32 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 225 zu ZGB 1.

33 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 405 ff. zu ZGB 1.

34 Es ist durchaus üblich, dass in Gerichtsurteilen allgemeine Rechtsgrundsätze zur Bekräftigung anderer Argumente beigezogen werden. Vgl. z.B. BGE 97 II 400, wo Art. 2 Abs. 1 ZGB als "allgemeiner Rechtsgrundsatz" bezeichnet und zur Auslegung eines unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts begründeten Dauerschuldverhältnisses mit beigezogen wird; ferner BIZR 33 (1934) Nr. 22. c), wo die "Grundsätze von Treu und Glauben" als Hilfsmittel zur Abklärung von Anzeigepflichten bei einem Dienstvertrag Verwendung gefunden haben.

keinen Begründungszusammenhang mit geltenden Rechtsnormen gefunden, so kann seine Hilfsfunktion nur die eines vielleicht auch wichtigen Gedankens sein³⁵. Es genießt dann nicht den Einfluss verbindlichen Rechts.

Gelingt hingegen nach einer längeren oder kürzeren "Inkubationszeit"³⁶ der Lehre oder der Rechtsprechung die Herleitung eines Grundsatzes aus bestehendem Regelrecht oder kann er mit anderen Worten darin verankert werden, "so teilt er dessen Verbindlichkeit"³⁷. Wird er dann als Hilfsmittel der Rechtsfindung verwendet, "so teilt er die rechtsquellenmässige Verbindlichkeit des Gesetzes"³⁸, sofern seine Integrierung in das Verständnis des geltenden Rechts so weit fortgeschritten ist, dass er als in der Rechtsordnung enthalten gilt³⁹. Wird er dann als Argument der Rechtsfindungstätigkeit benutzt, hat er natürlich erhöhte Bedeutung im Vergleich zu jenen Prinzipien, die zwar erkannt, aber in keiner Weise dem positiven Recht einverleibt worden sind. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz mit anerkanntem Ableitungszusammenhang im geltenden Recht leuchtet nicht nur als Grundsatz ein, sondern ist selbst Teil des positiven Rechts und deshalb rechtsverbindliches Argumentationselement.

V. Übertreffende Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung von Rechtsprinzipien für ihre Justiziabilität

A. Allgemeines zur Justiziabilität von Rechtsprinzipien

1. Bei nicht ausdrücklich positivierten Prinzipien

Auch rechtsverbindliche Prinzipien sind erst nach Ablauf des ihnen zugehörigen Konkretisierungsvorganges anwendbar. Sind sie aber rechtsverbindlich, sind ihre Konkretionen auch für Gerichte rational überprüfbar und insofern justiziabel. Das "Ausmass gerichtlicher Überprüfbarkeit"⁴⁰ entscheidet wesentlich mit über ihre praktische Wirksamkeit. Und das Mass der Überprüfbarkeit hängt seinerseits davon ab, ob "die praktische Zugehörigkeit zum positiven corpus iuris"⁴¹ für das fragliche

35 Es fehlt ihm die Rechtsverbindlichkeit.

36 Vgl. Esser, S. 53.

37 Vgl. Ott, S. 68.

38 Vgl. Ott, S. 66.

39 Vgl. zum Anknüpfungspunkt des Enthaltenseins oben S. 37, Ziff. 1.; damit steht m.E. auch die positivrechtliche Grundlage fest, die Ott, S. 68, in Anm. 269, verlangt.

40 Vgl. Hotz, S. 77.

41 Vgl. Esser, S. 112.

Prinzip gesichert ist. Man kann mit *J. Esser* sagen, „der endgültige Einverleibungsakt“ sei „die Anerkennung eines Prinzips als revisibel“⁴².

Die formale Anknüpfung an diejenigen Normen, aus denen sie abgeleitet werden, ist für alle nicht ausdrücklich positivierten Prinzipien unverzichtbar. Ihr Begründungszusammenhang mit dem positiven Recht muss immer genannt werden, um sie rational überprüfbar zu erhalten. Insofern bilden die gesetzlichen Normen, in denen ein Prinzip verankert worden ist, die „Grundlage der Rechtsanwendung“⁴³. Das Prinzip ist immer nur in Verbindung mit den Normen seines Ableitungszusammenhangs justiziabel, weil es nur kraft eines solchen Zusammenhanges in einem kodifizierten Recht Verbindlichkeit beanspruchen kann. So kann z.B. der allgemeine Grundsatz der „Bindung des Eigentumsinhaltes an das Ausübungsinteresse“⁴⁴ nur mit der Erklärung, er ergebe sich aus Art. 667 ZGB, justiziabel sein. Dieser Grundsatz ist für das schweizerische Recht in der genannten Gesetzesnorm verkörpert.

2. Bei ausdrücklich positivierten Prinzipien

Auch Generalklauseln sind häufig nur im Zusammenhang mit weiteren Vorschriften anwendbar und gerichtlich überprüfbar. So kann z.B. nach Art. 4 ZGB nicht einfach gerügt werden, eine rechtliche Beurteilung verstosse gegen das Prinzip der Billigkeit, sondern es müssen andere Normen angerufen werden können, deren Formulierung den Hinzutritt dieses Prinzips verlangt⁴⁵. Das ist zugleich eine der Kehrseiten der Tatsache, dass das Billigkeitsprinzip des schweizerischen Privatrechts ein solches der Regelmodifikation ist.

B. Folgerung: Seltenheit selbständiger Justiziabilität von Rechtsprinzipien im besonderen

Die bisherigen Erwägungen legen die Vermutung nahe, dass Rechtsgrundsätze sehr selten für sich allein genommen und ohne unmittelbaren Beizug weiterer Vorschriften, zu denen sie erläuternd hinzutreten, justiziabel oder revisibel sind⁴⁶. Selbständige Justiziabilität würde heissen, dass Konkretisierungen eines Prinzips

42 Vgl. Esser, S. 112.

43 Vgl. Ott, S. 66.

44 Vgl. Merz, N 305 zu ZGB 2; ferner die Würdigung dieser Erkenntnis eines Grundsatzes bei Meier-Hayoz, N 4 zu ZGB 667.

45 Vgl. dazu oben S. 80, lit. c.

46 Nur nebenbei sei vermerkt, dass hier wohl ein Berührungspunkt mit der zivilprozessualen Substantiierungspflicht erreicht ist.

allein anwendbar wären und die Anrufung des Prinzips einen selbständigen Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels abgäbe. Diese Möglichkeit scheint selbst für Generalklauseln höchst selten zu sein. Sollte es solche Prinzipien geben, wäre ihre ausdrückliche positivrechtliche Fixierung wohl unerlässliche Voraussetzung der selbständigen Justiziabilität.

Mehr lässt sich m.E. im Rahmen theoretischer Erörterungen zu den Rechtsprinzipien über ihre Justiziabilität nicht allgemein aussagen. Bei der Untersuchung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB kann die Frage wieder aufgegriffen werden⁴⁷.

VI. Anhang: **Allgemeines zur Anwendbarkeit von Rechtsprinzipien**

A. Keine direkte Anwendbarkeit

1. Allgemeines

Ohne auf die Schwierigkeiten genauer Analyse der Anwendung von Rechtssätzen weiter einzugehen, kann ihre Anwendung im Verhältnis zu derjenigen von Prinzipien als direkte oder unmittelbare bezeichnet werden. Grundsätze sind nur indirekt oder mittelbar anwendbar, weil sie vorgängig der Konkretisierung bedürfen⁴⁸. Die definitive Regelbildung wird auf dem Wege der Konkretisierung dem Rechtsanwender überlassen⁴⁹. Prinzipien stellen noch kein fertiges materielles Regelrecht dar, "sondern starting points oder Aufhänger für die ... richterliche Normbildung"⁵⁰ oder allgemeiner für die Normbildung des Rechtsanwenders. Dabei wird allerdings nicht beliebig, sondern mittels bestimmter Denkopoperationen vorgegangen, die bisher einheitlich den Namen der Konkretisierung tragen. Was sich hinter dieser Bezeichnung verbirgt, wird noch gesondert zur Sprache kommen⁵¹. Dass der Richter als interessenneutrale Instanz zur konkretisierenden Rechtsanwendung in ganz besonderer Weise geeignet und berufen ist, sei hier für einmal mit Nachdruck hervorgehoben.

47 Vgl. dazu unten S. 303 ff., Ziff. III., sowie S. 398 ff., Ziff. III.

48 Vgl. dazu auch den Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

49 Vgl. dazu oben S. 64/5, Ziff. 2.

50 Vgl. Esser, S. 150.

51 Vgl. dazu unten S. 101 ff., 2. Abschnitt.

2. Zur Änderung indirekter Anwendungen im besonderen

Die indirekte Anwendbarkeit von Prinzipien erleichtert es im allgemeinen, neue Anwendungen zuzulassen. Während definitiv geformtes Regelrecht nur von der zu seinem Erlass zuständigen Instanz grundlegend verändert werden darf⁵² oder unter den strengen Anforderungen an eine Neuinterpretation im Wege der Auslegung bei gleichbleibenden Vorschriften Abänderungen erfahren kann⁵³ und für die Zulässigkeit von Veränderungen lückenfüllender Rechtsregeln "ähnliche Überlegungen gelten wie für die Änderung oder Aufhebung von Gesetzen"⁵⁴, können neue oder gegenüber bisherigen andere Konkretisierungen bei der indirekten Anwendung von Rechtsprinzipien nach Massgabe der zu beurteilenden Verhältnisse geschmeidiger und anpassungsfähiger sein⁵⁵. Dieser Vorteil entspringt der Tatsache, dass der Anwendungsbereich eines Prinzips nie abschliessend festgelegt ist. Daher können sich immer wieder neue Konkretionen ergeben, die sich auch als Änderung bisheriger Anwendungen erweisen können⁵⁶.

B. Normalerweise keine selbständige Anwendbarkeit

1. Die unselbständige Bedeutung als Hilfsmittel von Auslegung und Lückenfüllung

Eine der hauptsächlichsten Aufgaben allgemeiner Rechtsgrundsätze liegt in der Unterstützung, die sie den Argumentationen des Rechtsanwenders bei Auslegung und Lückenfüllung angedeihen zu lassen vermögen⁵⁷. Dabei entfalten rechtsverbindliche Prinzipien, die einen gesicherten Ableitungszusammenhang aus dem geltenden Recht haben, mehr praktische Überzeugungskraft bei der Beurteilung eines anstehenden Streitfalles. Ethische Prinzipien oder Generalklauseln können besonders wertvolle Hilfe der Entscheidung sein⁵⁸. Im Rahmen methodisch korrekt arbeitender Rechtsfindung haben Grundsätze beinahe ausschliesslich nur als Hilfsmittel Bedeutung. Ein Argumentieren, das nur mit Prinzipien meint zum Ziele zu kommen, muss sich glücklicherweise bei der Rechtsanwendung arg enttäuscht wiederfinden.

52 Vgl. dazu auch oben S. 72/3, Ziff. 2.

53 Vgl. dazu schon oben S. 74/5, lit. c.

54 Vgl. Meier-Hayoz, N 510 zu ZGB 1, mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

55 Die bisherigen Konkretionen müssen dadurch nicht völlig aufgehoben werden; sie gelangen in ein System mit den neuen Anwendungen.

56 Auf die Vereinfachung der Veränderung indirekter Anwendungen ist schon oben S. 68, vor Anm. 86, Bezug genommen worden.

57 Vgl. dazu oben S. 88/9, Ziff. IV.

58 Das ist schon oben S. 69, nach Anm. 93, angedeutet worden.

2. Die normalerweise fehlende selbständige Justiziabilität

Der Hauptfunktion als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit entspricht die Feststellung, dass Prinzipien, sofern sie rechtsverbindlich sind, vor einem Gericht nur ergänzend zu anderen Rechtsnormen angerufen werden können und dass sie keine selbständigen Gründe zum Beschreiten des Rechtsmittelweges an ein höheres Gericht abzugeben vermögen⁵⁹.

C. Folgerung: Der Normalfall der Anwendung von Prinzipien

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind immer und ausschliesslich nur indirekt mittels ihrer Konkretisierung anwendbar. Darüber hinaus sind sie im Normalfall nur als Hilfsmittel der Rechtsfindung zu gebrauchen und daher weder selbständig anwendbar noch selbständige Gründe zur Einlegung eines Rechtsmittels. Ausnahmen von dieser blossen Hilfsfunktion und von der Abhängigkeit von weiteren Rechtsnormen dürften selten sein, sind aber rein theoretisch vorstellbar, was aber nur bei der Betrachtung des einzelnen Prinzips weiter untersucht werden könnte.

59 Vgl. dazu oben S. 89 ff., Ziff. V., bes. S. 90/1, lit. B.

VII. Resultate

Für Erkenntnismöglichkeit und tatsächlich geschehenden Erkenntnisakt ist die positivrechtliche Herleitung eines Prinzips von zweitrangiger Bedeutung. Die Wahrscheinlichkeit der Erkenntnis von vorgegebenen Prinzipien ist in noch stärkerem Masse von Ableitungszusammenhängen mit dem geltenden Recht unabhängig.

Gibt das positive Recht die Basis der Erkenntnis eines Prinzips ab, dann genügt dieser Geltungsgrund auch. Insofern bietet die Ableitung aus dem geltenden Recht Vorteile.

Als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit haben Prinzipien, deren Rechtsverbindlichkeit unzweifelhaft anerkannt ist, erheblich mehr Gewicht und Überzeugungskraft als solche ohne Begründungszusammenhang mit dem aktuell geltenden Recht.

Obwohl sie normalerweise nicht selbständig justiziabel sind, ist ihre positivrechtliche Rechtfertigung für Prinzipien dann von grösster Bedeutung, wenn sie überhaupt von Gerichten rational überprüfbar oder justiziabel sein sollen.

Hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit lässt sich zusammenfassend und allgemein sagen, dass Grundsätze nur indirekt über den Umweg ihrer Konkretionen und normalerweise nur unselbständig als Ergänzungen zu weiteren Rechtsnormen anwendbar sind.

§ 5 PRINZIPIEN IM SYSTEM DES RECHTS

I. Einleitung

A. Vorbemerkungen

Es soll nunmehr nicht die ganze Problematik des Aufbaus eines Systems des Rechts aufgerollt werden. Es geht vielmehr darum, aus dem Systemgedanken eine wichtige Folgerung für Prinzipien zu ziehen¹. Für eine straffe und trotzdem umfassende Darstellung der Bildung und Bedeutung eines Systems soll der Hinweis auf die Abhandlung von K. Larenz genügen². Es wird häufig ein Unterschied zwischen einem sog. abstrakt-begrifflichen oder äusseren System³, dem eine vollkommene Abgeschlossenheit zugeschrieben wird, und einem sog. inneren System⁴, das sich besonders durch seine Offenheit auszeichne, gesehen. Auch auf diese Einteilung in verschiedene Systeme wird im weiteren Verlauf der Erörterungen nicht näher eingetreten, weil sie keinen Beitrag zur Erreichung des gesetzten Zieles zu leisten vermag. Um das Verständnis, das den Ausführungen über die Bedeutung eines Systems für Prinzipien zugrunde liegt, aufzuzeigen, werden vorerst trotzdem einige herausragende Eigenschaften des Systems in Kürze beschrieben. Dabei richtet sich das Augenmerk wiederum nur auf die schweizerische Privatrechtsordnung⁵.

B. Einige wesentliche Eigenheiten des Systemgedankens

1. *Voraussetzung* jedes Versuchs, das geltende Recht als systematisches zu verstehen, ist, dass innerhalb dieses Rechts ein wahrnehmbarer Sinnzusammenhang besteht.
2. Dass diese Voraussetzung berechtigterweise angenommen wird, bestätigt wieder die *phänomenologische Betrachtung*. Die Lebenserscheinungen müssen vom Recht erfasst werden, damit es an der Wirklichkeit orientiert ist. Demzufolge

1 Vgl. dazu unten S. 100, Ziff. IV.

2 Vgl. Larenz, S. 429 ff., Ziff. 1., und S. 458 ff., Ziff. 3., vorab unter Verarbeitung des Werkes von Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1970, und mit verschiedenen weiteren Hinweisen auf Literatur.

3 Vgl. die Darstellung dieses Systems bei Larenz, S. 429 ff.

4 Vgl. die Darstellung dieses Systems bei Larenz, S. 458 ff.

5 Besondere rechtsvergleichende Betrachtungen unterbleiben. Es ist zudem nicht die Umschreibung eines fertigen Systembegriffs anvisiert, sondern nur die Beschreibung einiger auffälliger Eigenschaften am Systemgedanken.

ergeben sich auch die ersten Ansatzpunkte eines Systems des geltenden Rechts in Anlehnung an vorgegebene Lebensbereiche, denen das Recht nachgeformt wurde⁶. Bei einer Darstellung des aktuellen Systems wären schon hier die vorgegebenen Prinzipien einzubeziehen. Daher stehen die Rechtsnormen gewiss "nicht unverbunden nebeneinander, sondern untereinander in einem mannigfachen Zusammenhang"⁷.

3. Die *Notwendigkeit wissenschaftlicher* Systematisierung des bestehenden Rechts⁸ steigt auch heute immer noch als Folge der manchmal inflationär anmutenden Gesetzesflut. Die Menge als absolute Grösse erschwert allein schon oft einen Überblick; zudem werden manchmal gewisse Problemkomplexe gesetzgeberisch erfasst, ohne die Neuregelungen auf die bestehende Gesamtrechtsordnung genügend abzustimmen⁹. Bei der Kurzlebigkeit vieler neuer Regelungen, die sich meist aus der schnellen Veränderung der zu erfassenden Probleme ergibt, und dem zeitlichen Druck zu raschen Neuregelungen ist es verständlich, dass die systematische Gliederung in den Hintergrund treten kann.
4. Der wissenschaftlichen Systematisierung ist demnach die *Aufgabe* gestellt, "die der Rechtsordnung als einem Sinnganzen innewohnenden Sinnzusammenhänge sichtbar zu machen und darzustellen"¹⁰.
5. *Elemente des erarbeiteten Systems* sind sodann Rechtssätze, Regelungskomplexe und Institutionen bestehenden Rechts. Aber auch Prinzipien sind Teile des so verstandenen Systems, und sogar allgemeine Rechtsgedanken dienen der systematischen Erfassung der Rechtsordnung¹¹. Diese ganzen Zusammenhänge innerhalb der Rechtsordnung müssen beim systematischen Teilaspekt der Auslegung beachtet werden¹². Die Elemente, die der systematischen *Erklärung* des geltenden Rechts dienen, müssen nicht zugleich Teile des geltenden Rechts selbst sein.
6. All diese Elemente des Systems stehen in einem wechselseitigen *Zusammenspiel der Ergänzung und Beschränkung*. Gelänge es, das Resultat dieses Zusammenspiels zu einem bestimmten Zeitpunkt vollumfänglich festzuhalten, dann käme dabei der aktuelle Stand des Systems des geltenden Rechts heraus.

6 Vgl. etwa die Gliederung des ZGB in Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht, woran das OR als Regelung der gewollten Beziehungen angeschlossen ist. Dieses System des Gesetzes folgt unmittelbar aus den vorgegebenen und zu regelnden Lebensbeziehungen; vgl. dazu auch Troller, S. 77 ff.

7 Vgl. Larenz, S. 429.

8 Vgl. zur Aufgabe der Rechtswissenschaft, das System zu erarbeiten, auch Meier-Hayoz, N 459 ff. zu ZGB 1.

9 Vgl. zu diesem Problem Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft, S. 102 ff.; man denke auch etwa an das Entstehen völlig neuer Schwerpunkte von Regelungen, die dringend wissenschaftlicher Systematisierung rufen; vgl. z.B. die Bemühungen im öffentlichen Recht, die Raumplanung als neuen Schwerpunkt in das System des Gesamtrechts zu integrieren.

10 Vgl. Larenz, S. 472.

11 Vgl. zu den allgemeinen Rechtsgedanken als Hilfsmittel systematisierender Erklärung des Rechts schon den Hinweis oben S. 13, Anm. 48.

12 Vgl. zum systematischen Element der Auslegung Meier-Hayoz, N 188 ff. zu ZGB 1.

7. Ein System, das den dargestellten Grundzügen entspricht, ist in verschiedener Hinsicht von seiner *Offenheit* geprägt. Erstens können und müssen Neuerungen¹³ soweit als möglich in das bestehende System integriert werden, wobei auch das System selbst Modifikationen erfahren kann. Die Wandlungen, welche sich im Laufe der Zeit abspielen, sollen nicht einfach ausserhalb des Systems belassen werden. Zweitens zeigt sich die Offenheit des Systems dann, wenn gewisse Regelungen des geltenden Rechts trotz allen Bemühens nicht in das System eingebaut werden können. Bei ihrer Kennzeichnung als "systemfremde Normen"¹⁴ muss es dann sein Bewenden haben. Diese Gefahr wächst mit grosser Wahrscheinlichkeit bei zunehmender Anzahl und kurzer Lebensdauer von Erlassen, die zudem oft unter Zeitdruck zustande kommen¹⁵.
8. Wesentliches Ziel systematisierender Arbeit muss die Bewahrung einer gewissen *Wertharmonie*¹⁶ des ganzen bestehenden Rechts sein. Zu diesem Zweck vermag die wissenschaftliche Arbeit auch dem Gesetzgeber Hilfe zu stellen¹⁷.

II. Die Offenheit des Systems und Rechtsprinzipien im besonderen

A. Allgemeines

Prinzipien gehören mit zum System des geltenden Rechts¹⁸. Sie können, auch ohne rechtsverbindlicher Teil der Rechtsordnung zu sein, zu seiner systematischen Erfassung dienlich sein. Die Offenheit des Systems erlaubt es nun, Prinzipien, die in neuen Erlassen enthalten sind oder deren Erkenntnis Lehre¹⁹ oder Rechtsprechung gelungen ist, in den systematischen Zusammenhang einzuarbeiten²⁰.

13 Solche Neuerungen können vom Gesetzgeber, der Rechtsprechung, der Lehre oder einfach von den tatsächlichen Gegebenheiten ihren Ausgang nehmen. Bis sie ihren Platz im System gefunden haben, werden sie bisweilen in Anlehnung an schon Bekanntes und Systematisiertes den Übergangsnamen des "Quasi-" tragen; vgl. zu den Quasi-Gebilden mehr bei Esser, S. 7, Anm. 17, S. 46, S. 191, Anm. 222, sowie S. 232.

14 Vgl. Larenz, S. 473, unter Hinweis auf Canaris.

15 Vgl. dazu schon oben S. 96, Ziff. 3.

16 Vgl. zu diesem Aspekt auch Meier-Hayoz, N 199 zu ZGB 1.

17 In diesem Sinne wohl auch Meier-Hayoz, N 461 zu ZGB 1.

18 Vgl. dazu soeben S. 96, Ziff. 5.

19 Vgl. zur Aufgabe der Lehre, die Prinzipien zu entwickeln, auch Meier-Hayoz, N 462 ff. zu ZGB 1.

20 Eigentlich *systemfremde* Prinzipien, die sich also in keiner Weise mit dem System der bestehenden Rechtsordnung in Einklang bringen lassen, sollten m.E. nur mit grosser Zurückhaltung und nach reiflicher Überlegung, ob nicht systemgerechtere Lösungen den angestrebten Erfolg in gleicher oder zumindest sehr ähnlicher Weise verbürgen, in das geltende Recht eingeführt und mit Rechtsverbindlichkeit ausgestattet werden.

B. Neue Anwendungsfälle von Prinzipien und das System

Bisher nicht verwendete neue Ausprägungen, die sich bei der indirekten Anwendung von allgemeinen Grundsätzen entwickeln, sollten dem Erfordernis der Einpassung in das System, obwohl sie Konkretisierungen eines bestehenden Prinzips sind, auch standhalten. Insofern muss die Systemkonformität neuer Anwendungen der Prinzipien immer wieder erarbeitet werden. Es ist mit anderen Worten darauf Bedacht zu nehmen, dass sich die Differenzierungen, welche ein Prinzip bei seiner Auseinanderfaltung durch die Lehre und in Gerichtsurteilen erfährt, v.a. im Rahmen der Wertungen des Systems des geltenden Rechts halten. Im allgemeinen spiegeln nämlich die Wertungen, die im ganzen System unserer Rechtsordnung zutage treten, einen Konsens weiter Kreise unserer Gesellschaft wider²¹. Die systematischen Erwägungen setzen demnach den Konkretisierungen allgemeiner Rechtsgrundsätze gewisse Schranken.

III. Das Zusammenspiel der Prinzipien im System im besonderen

A. Allgemeines

Bei der Ermittlung des aktuellen Systems verweben sich alle seine Elemente ineinander; das Ergebnis dieser allseitigen Verbindung ist das System des geltenden Rechts²². Prinzipien spielen dabei ihrer speziellen Eigenschaft wegen, relativ allgemein und dennoch konkretisierungsfähig zu sein²³, eine überragende Rolle. Gerade sie sind zur Abklärung der systematischen Zusammenhänge einer Rechtsordnung besonders geeignet. Am stärksten wirkt sich natürlich die erklärende Kraft rechtsverbindlicher Grundsätze aus.

B. Das Zusammenspiel der Rechtsprinzipien

Die grosse Bedeutung der Prinzipien auch im rechtssystematischen Zusammenhang birgt als Kehrseite die nicht zu unterschätzende Gefahr der Verabsolutierung eines einzigen Grundsatzes. Eines der besten Mittel, dieser Gefahr vorzubeugen,

21 Dafür garantiert v.a. die demokratische Rechtsetzung, die in der Schweiz von Fragen der Gestaltung der Bundesverfassung bis hin zu denen auf Gemeindeebene gesichertes Gut ist.

22 Vgl. dazu oben S. 96, Ziff. 5. und 6.

23 Vgl. dazu den Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

besteht darin, jedes Prinzip immer von neuem in seine wechselseitigen Verbindungen mit *allen* anderen Elementen des Systems und v.a. mit den andern Prinzipien einzubetten. Daher kann den Worten von *K. Larenz* nur beigespflichtet werden, wenn er zu den Prinzipien im System sagt²⁴:

“Das ‘Zusammenspiel’ der Prinzipien bedeutet, dass sie sich im Ganzen einer Regelung nicht nur ergänzen, sondern auch wechselseitig einschränken. Wieweit das der Fall ist, das ist zunächst eine Frage ihrer inneren Rangordnung, soweit eine solche der gesetzlichen Regelung entnommen werden kann, sodann der Konkretisierung ...”

Bei jedem weiteren Umgang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen muss ihr systematischer Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung allgegenwärtig bleiben. Prinzipien gelangen nämlich – jedes für sich allein und verabsolutiert genommen – schnell in unlösbaren Widerspruch zueinander²⁵. Auf die Gefahren übermässiger Überdehnung eines Prinzips weit über seinen rechtssystematischen Platz hinaus, die bis zum Verlust der Grundsatzqualität selbst führen können, ist in anderem Zusammenhang schon hingewiesen worden²⁶. Aus einer neuen Perspektive haben wir nunmehr die gleichen Gefahren wieder angetroffen²⁷. Anstatt ein Prinzip zu überdehnen, muss gegebenenfalls eine andere Begründung gesucht werden. Vielleicht ist damit sogar ausnahmsweise die Erkenntnis eines neuen Prinzips verbunden und es muss je nachdem zugewartet werden, bis ein Akt des Gesetzgebers oder rechtswissenschaftliche Arbeit seine Einverleibung in das geltende Recht ermöglicht²⁸.

24 Vgl. Larenz, S. 461/62.

25 Man stelle nur einmal die Prinzipien der Verschuldenshaftung und der Kausalhaftung einander in absoluter Form gegenüber, was wohl niemandem bei der Rechtsanwendung vorschwebt, und es eröffnen sich unüberwindliche Widersprüche. Stellt man sie hingegen im System des geltenden Rechts an den ihnen zukommenden Platz, verschwindet zwar das eine als rechtsverbindliches Prinzip beinahe völlig und es bleibt nur das Verschuldensprinzip deutlich rechtsverbindlich zurück, aber ihr richtiges Zusammenspiel im ganzen Haftpflichtrecht bleibt gewahrt. Aber auch bei anderen Prinzipien, wo sich vielleicht die Widersprüche weniger schnell zeigen, muss der Systemgedanke klären.

26 Vgl. dazu oben S. 31/2, Ziff. 2.

27 Sie werden auch bei der Erörterung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB im Auge zu behalten sein; vgl. dazu unten S. 210 ff., lit. A., sowie S. 314 ff., lit. A.

28 Massgebend für die eine oder andere dieser Möglichkeiten wäre dann wiederum der jeweils anzutreffende Erkenntnisgrund; vgl. ausführlicher zu den verschiedenen Erkenntnisgrundlagen oben S. 32 ff., Ziff. IV.

IV. Folgerung: Ablehnung eines oder mehrerer “Superprinzipien”

Wenn die Einordnung jedes Prinzips in seinen systematischen Zusammenhang mit dem Ganzen der geltenden Rechtsordnung im allgemeinen und entsprechend seinem Zusammenspiel mit anderen Prinzipien im besonderen konsequent gehandhabt wird, kann es unmöglich zur Geltung eines oder mehrerer Superprinzipien kommen, aus denen sich mehr oder weniger alles Recht mit klar fassbaren Denktionen ableiten liesse. Unter dem hier vertretenen Begriff des allgemeinen Grundsatzes²⁹ muss die Existenz eines solchen alles überragenden und beinhaltenen Prinzips *abgelehnt* werden. Auf der Denkebene allgemeiner Rechtsgedanken lassen sich durch Hervorhebung gewisser innerer Verwandtschaften wohl eher solche übergeordneten Sätze formulieren³⁰. Dort ist auch der rechte Ort für derlei Erwägungen. Allumfassende Superprinzipien gibt es dagegen im Rahmen des hier vertretenen Begriffes vom allgemeinen Grundsatz nicht.

V. Resultate

Von den Besonderheiten des Systems des geltenden Rechts bewirkt seine Offenheit, dass neue Prinzipien in das System aufgenommen werden können. Auch neue Konkretisierungen von Prinzipien können dank der Offenheit mühelos ins System Eingang finden; sie sollten v.a. den Wertzusammenhängen des bestehenden Rechts und seines Systems eingepasst werden.

Bei der Ermittlung des Systems sind allgemeine Grundsätze vermöge ihrer konkretisierungsfähig bleibenden Allgemeinheitsstufe eine wichtige Hilfe. Umgekehrt muss der Gefahr eines verabsolutierten Verständnisses eines einzelnen Prinzips mit der rechtssystematischen Einordnung in die Zusammenhänge des bestehenden Rechts ein Riegel vorgeschoben werden. Der Platz des Prinzips im System muss immer gegenwärtig sein.

Bei strikter Befolgung der Pflicht zur Beachtung der systematischen Zusammenhänge ist die Existenz allumfassender Superprinzipien nicht denkbar. Die Möglichkeit solcher Gebilde in Prinzipienform ist abzulehnen und dem Bereich allgemeiner Rechtsgedanken zuzuweisen.

²⁹ Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

³⁰ So lässt sich auf Grund der vorhandenen Affinitäten tatsächlich ein m.E. als allgemeiner Rechtsgedanke zu qualifizierendes Gebilde entwickeln, das die Aussage der Fairness zum obersten Vergleichselement erhebt; vgl. die Entwicklung eines solchen allgemeinen Rechtsgedankens bei Saladin, Fairness, S. 85 ff.

2. Abschnitt

Von der Konkretisierung als geistiger Tätigkeit

3. KAPITEL

ZUR KONKRETISIERUNG IM ALLGEMEINEN

§ 6

EINLEITUNG:

DIE EIGENHEIT DES VORGANGES DER KONKRETISIERUNG

I. Die besondere Allgemeinheitsstufe von Rechtsprinzipien

Die Entwicklung des Begriffes der allgemeinen Rechtsgrundsätze hat in ihrer ersten Phase¹ zur allgemeinen Anerkanntheit bei den dafür massgeblichen Trägern als Merkmal von Prinzipien geführt. Es hat sich aber gezeigt, dass sie diese Eigenschaft mit allgemeinsten Rechtsgedanken teilen und nach einem für sie allein bestimmenden Begriffselement weiter gesucht werden musste. Das wesentliche Kriterium, das zur Basis einer Definition des Begriffes der Prinzipien gemacht werden konnte, war der Grad der Allgemeinheit, der bei Prinzipien auf einer bestimmten Stufe liegt: Wird er wesentlich unterschritten, gelangt man zur Stufe der direkt anwendbaren Rechtssätze; weicht man auf eine graduell höhere Allgemeinheitsstufe aus, wird der Bereich allgemeiner Rechtsgedanken erreicht. Auf dieser besonderen Allgemeinheitsstufe bewahren die allgemeinen Aussagen eine inhaltliche Kohärenz², die Prinzipien – im Gegensatz zu allgemeinen Rechtsgedanken, die dieser Kohärenz verlustig gegangen sind –, obgleich nur indirekt, so doch anwendbar erhält. Diese indirekte Anwendbarkeit drückt sich darin aus, dass Prinzipien eine Existenz losgelöst von einzelnen zu beurteilenden Fragen und den zugehörigen Tatbestand-Rechtsfolge-Relationen führen, aber dennoch mit den einzelnen zu beurteilenden Fragen wieder in Verbindung gebracht werden können. Für die Vorgänge der Loslösung und Wiederverbindung sind dann in Entsprechung mit den sie wiedergebenden Denkopoperationen die Begriffe der Abstrahierung und der Konkretisierung eingeführt worden³. Die Etymologie der neuen Begriffe hat nachgewiesen, dass sie diese geistigen Tätigkeiten treffend erfassen. Damit wird der Weg frei für eine Definition des Begriffes der allgemeinen Rechtsgrundsätze⁴. Es ist die Kombination von Abstraktheit und Konkretisierungsfähigkeit resp. -bedürftigkeit, welche

1 Vgl. dazu oben S. 18 ff., lit. B.

2 Vgl. dazu oben S. 20 ff., lit. C.

3 Vgl. dazu oben S. 22 ff., lit. D.

4 Vgl. dazu oben S. 25, lit. E.

die besondere Allgemeinheit von Prinzipien ausmacht und sie begrifflich selbständig erfassbar macht.

Die Konkretisierungsfähigkeit bezeichnet den besonderen Abstraktheitsgrad allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die Konkretisierungsbedürftigkeit als Folge der besonderen Allgemeinheit von Prinzipien, mit anderen Worten ihres Abstandes vom zu beurteilenden Fall, bringt nun die entscheidende Wende zur Frage nach der Art ihrer indirekten Anwendbarkeit. "Die Hauptaufgabe ist" nunmehr "die Einzeluntersuchung, wie" ein Prinzip oder eine Generalklausel⁵ "konkrete Anwendung findet"⁶. Die Betonung liegt auf der Frage nach dem *Wie* der Anwendung.

II. Die "Eigenheit" des Vorganges der Konkretisierung

Im Wege der Konkretisierung sollen allgemeine Rechtsgrundsätze ihre Anwendung finden. Dazu sagt *H. Huber*, sie bedürften nun nicht der Auslegung, sondern der Konkretisierung, der normgewinnenden, normentwickelnden Ausschöpfung. Und er fährt fort⁷:

"Das hat seinen Grund darin, dass sie ohne diese Konkretisierung noch gar nicht 'anwendungsbereit' sind, das heisst noch keine hinreichenden Weisungen für bestimmte Fragen und Sachverhalte enthalten. Diese Ausschöpfung ist mehr Sinngebung als Sinndeutung. Von der *Eigenart* der Konkretisierungsaufgabe gibt man sich am besten Rechenschaft ..."

Es geht also bei der Konkretisierung darum, das jeweilige Prinzip anwendungsbereit zu machen. Prinzipien können eben "keineswegs wie fertige Rechtssätze behandelt werden, unter die ein Lebenssachverhalt einfach zu subsumieren wäre"⁸.

Die "Eigenart" allgemeiner Rechtsgrundsätze erschöpft sich aber noch nicht mit der Feststellung, sie bedürften der Konkretisierung, um anwendbar zu sein. Es lassen sich m.E. weitere Aussagen über die geistigen Operationen des Denkens machen, die bei der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze regelmässig vorgenommen werden. Es ist ebenfalls schon früher⁹ darauf hingewiesen worden, dass auch die Begriffe der Abstraktion und der Konkretion immer noch sehr verschwommen sind. Beide Begriffe stehen für Denkvorgänge. Diese können m.E. noch genauer erfasst werden. Die Wortbedeutung allein genügt zum genaueren Verständnis der Konkretisierungsvorgänge nicht. Es mangelt ihr an Klarheit und deshalb muss der

5 Vgl. zum Begriff der Generalklausel oben S. 39, lit. b.

6 Vgl. Hueck, S. 19.

7 Vgl. Huber, WuR, S. 10.

8 Vgl. Meier-Hayoz, N 413 zu ZGB 1.

9 Vgl. dazu oben S. 24, lit. c.

Begriff der Konkretisierung weiter ausdifferenziert werden. Die Unklarheit und Vieldeutigkeit der Bezeichnungen “abstrakt” und “konkret” verlangt eine genauere Analyse des Vorganges der Konkretisierung, um ihn auch bei der Verwendung im Zusammenhang mit der indirekten Anwendung von Prinzipien besser verstehen zu können.

III. Resultat: Notwendigkeit genauerer Untersuchung des Vorganges der Konkretisierung im allgemeinen

Um die Eigenheit der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze kennenzulernen, darf der bunt schillernde Begriff nicht pauschalisierend festgestellt und verwendet werden. Es wird sich zeigen, dass *verschiedenste* Vorgänge mit dem Namen der Konkretisierung versehen werden¹⁰. Ferner wird auch für Prinzipien festgehalten werden müssen, dass keineswegs nur eine Form ihrer Konkretisierung besteht; insofern wird sich die Eigenheit der Konkretisierung als summarische Zusammenfassung zweier möglicher Eigenheiten eröffnen.

Der Begriff der Konkretisierung muss einer eigenen und eingehenden Analyse unterzogen werden, um ihn weiter zu präzisieren und zu differenzieren¹¹. Dafür hat K. Engisch in seinem Werk über “Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit”¹² ausführliche und herausragende Arbeit geleistet. Die allgemeine Analyse des Begriffs der Konkretisierung wird in Anlehnung an dieses grosse Werk erfolgen¹³. Erst nach der Aufblätterung verschiedener Bedeutungen, die der Begriff annehmen kann, soll untersucht werden, welche dieser Varianten bei der Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Zuge kommen¹⁴.

10 Vgl. dazu unten S. 106 ff., § 7.

11 Vgl. dazu unten S. 106 ff., § 7, bes. S. 106/07, Ziff. I.

12 Vgl. die genaueren Angaben zu diesem Buch im Literaturverzeichnis.

13 Nicht alle von Engisch behandelten Varianten des Begriffes der Konkretisierung werden dabei erörtert, sondern es wird eine Auswahl zur Darstellung kommen, die sich im Gesamt-
rahmen der vorliegenden Arbeit hält.

14 Vgl. dazu unten S. 121 ff., § 8.

§ 7
ZUR KONKRETISIERUNG ALS VORGANG INNERHALB
DES SPANNUNGSFELDES DES GEGENSATZPAARES VON
“ABSTRAKT” UND “KONKRET”

I. Vorbemerkungen

Hauptziel der folgenden Ausführungen ist es, den Begriff der Konkretisierung in verschiedenen Verwendungsarten zu erhellen. Es geht daher in erster Linie darum, mehrere häufig auftretende Vorgänge des Denkens, die unter dem Namen der Konkretisierung segeln, *aufzuzählen*. Jede dieser geistigen Tätigkeiten gibt einen Ablauf wieder, der sich zwischen den Polen einer Allgemeinheitsvorstellung und ihrem Gegenteil des Nicht-Allgemeinen abspielt. Hinter den verschiedenen Abläufen, die dem Begriff der Konkretisierung zugeschrieben werden, steht daher immer das sich im Verhältnis des Gegensatzes befindliche Begriffspaar von “konkret” und “abstrakt”. “Mehr und mehr wird in neuerer Zeit der Gegensatz als Spannung empfunden”¹. Zwischen zwei Begriffen, die einander polar gegenüberstehen, besteht tatsächlich notwendigerweise ein Spannungsfeld. Aber es gibt immer Wege, auf denen die beiden Pole zueinander in Beziehung gesetzt werden, auf denen sie sich innerhalb ihres Spannungsfeldes aufeinander zubewegen. Hinsichtlich der beiden Pole, die jetzt im Zentrum des Interesses stehen, heissen diese Wege Abstrahierung oder Konkretisierung, je nachdem, von welchem der Pole der Ausgangspunkt genommen wird. Weil die Denkopoperationen bei der indirekten Anwendung von Prinzipien schliesslich genauer erfasst werden sollen² und Prinzipien relativ abstrakte Gebilde sind, wird mehrheitlich vom Vorgang der Konkretisierung die Rede sein. Dass dieser Denkopoperation immer die umgekehrte der jeweiligen Abstraktionsform zur Seite steht, wird immer stillschweigend vorausgesetzt, auch wenn es nicht ausdrücklich ausgesprochen sein sollte.

Im Vordergrund des Interesses werden v.a. Vorgänge im Spannungsfeld der beiden genannten Pole stehen, die einer *einheitlichen* Operation des *Denkens* entsprechen. Allgemeinheitsstufen, denen keine dieser Operationen mehr entspricht, bleiben von vornherein ausser Betracht³. Ferner werden diejenigen Formen der Konkretisierung laufend ausgeschieden, denen es an der Einheitlichkeit der ihr adäquaten geistigen Tätigkeit fehlt. Inwiefern jede der erörterten Konkretisierungsformen für das Recht von Bedeutung ist, wird nicht ausführlich weiter verfolgt. Dafür darf auf die Abhandlung von K. Engisch hingewiesen werden, wo diesen Fragen

1 Vgl. Engisch, S. 1.

2 Vgl. dazu oben S. 104/05, Ziff. II. und III.

3 Vgl. als Beispiele solcher unkonkretisierbarer Abstrakta allgemeine Rechtsgedanken; vgl. dazu oben S. 24, Ziff. 3.

breiter Raum eingeräumt wird⁴. Wo uns hingegen im bisherigen Verlauf der vorliegenden Arbeit Abläufe begegnet sind, die sich nunmehr als eine der Varianten der Konkretisierung entpuppen, wird es festzuhalten sein. Die Entfaltung der vielfältigen Möglichkeiten, wie der denkende Geist konkretisiert, wird erst hernach an Prinzipien und ihre Anwendung herangetragen⁵.

II. Konkretisierung als Entfaltung im und zum Wirklichen

A. Der zugrundeliegende Gegensatz

Dem empirisch Wirklichen oder Realen als Konkretum wird hier bloss Erdachtes, Irreales oder Ideelles als abstrakt gegenübergestellt. Konkretisierung ist demnach der Vorgang, bei dem das Ideelle in die Wirklichkeit eingebracht wird, in ihr zur Entfaltung kommt. Abstrahierung ist bei diesem Verständnis umgekehrt das Verlassen der Ebene der Wirklichkeit unter gleichzeitiger Erhebung in die Gefilde nur erdachter Grössen oder auch spekulativer Vorstellungen. Abstrakt ist dann das mittels des Denkens nur noch konstruierte Allgemeine ohne gesicherten Boden in der Wirklichkeit. Zu Recht bemerkt m.E. K. Engisch zu diesem Gegensatz, dass in Anbetracht der Deutlichkeit der anderen zur Verfügung stehenden Ausdrücke "der Gebrauch der Vokabeln 'konkret' und 'abstrakt' an sich vermieden werden könnte"⁶.

B. Anwendungen dieses Gegensatzes

1. Allgemeine Bemerkungen

Der Vorwurf, ins Irreale abzugleiten, wurde gegenüber einer reinen Begriffsjurisprudenz verständlicherweise laut⁷. Häufig ist die Forderung nach dem Realen im Zusammenhang mit dem Wunsch nach "Lebensnähe"⁸ anzutreffen. Auch das Verlangen nach Realisierbarkeit⁹ rechtlicher Regelungen, die genaugenommen als Voraussetzung von Rechtsvorschriften gelten muss, könnte ungeschickter als Kon-

4 Vgl. dazu Engisch, S. 75 ff., Kap. 3–7.

5 Vgl. dazu unten S. 121 ff., § 8.

6 Vgl. Engisch, S. 4.

7 Vgl. dazu Larenz, S. 21 ff., über die Mängel der Begriffspyramide von Puchta, bes. S. 24.

8 Vgl. Engisch, S. 85.

9 Vgl. zur Realisierbarkeit als unerlässlichem Teilaspekt des Rechts auch Meier-Hayoz, N 213 und 323 ff. zu ZGB 1.

kreterisierungstendenz bezeichnet werden¹⁰. Die Aufzählung von Beispielen könnte erheblich verlängert werden, wobei v.a. an verschiedene Bewegungen in der Geschichte der Rechtstheorie zu erinnern wäre. Es soll aber der summarische Hinweis genügen, Konkretisierung als Entfaltung auf das Wirkliche hin sei ein immer Beachtung erheischendes Postulat an Gesetzgeber und Rechtsanwender.

2. Vorgegebenes und allgemeine Rechtsgedanken im Lichte dieses Gegensatzes

Die Bedeutung des Vorgegebenen für das Recht ist einlässlich erörtert worden¹¹. Wollte man der wenig glücklichen Terminologie des vorliegenden Gegensatzpaares folgen, könnte man sagen, das Recht müsse insofern konkretisierend vorgehen, als es sich an der Wirklichkeit auszurichten habe. Wieviel deutlicher und einfacher ist es aber, mit *A. Troller* zu sagen, dass bei Nichtbeachtung der Natur der Sache die Ergebnisse "in Widerspruch mit der Wirklichkeit"¹² stünden. Auch die Sachgruppenbildung für den Fall, dass aus bestimmten Gründen auf die Regelbildung bei der Anwendung eines Korrekturprinzips verzichtet werden muss¹³, ist mit dem Rückgriff auf das Vorgegebene besser umschrieben, als wenn man sie nur konkret, weil von der Wirklichkeit bestimmt, nennen wollte.

Dass allgemeine Rechtsgedanken oftmals durch rein erdachte Konstruktionen entstehen, ist in früherem Zusammenhang angedeutet worden¹⁴. Sie sind insofern allgemeiner und im Sinne des vorliegenden Gegensatzpaares abstrakter als Prinzipien des Rechts. Insofern kann mit den Termini "bloss erdacht" oder "ideell" ihre Abstraktheit noch weiter verdeutlicht werden.

C. Der entscheidende Mangel dieses Konkretisierungsverständnisses

Abgesehen davon, dass für das zugrundeliegende Gegensatzpaar eindeutig geeignetere Begriffe zur Auswahl stehen, sind mit der Konkretisierung nach diesem Verständnis offenbar mehrere geistige Tätigkeiten verbunden, die sich untereinander wesentlich unterscheiden. Wenn Recht realisierbar sein soll, geht es um andere Denkwege, als wenn es sich an den Realien im Sinne der Natur der Sache orientieren

10 Vgl. ausführlicher und mit unzähligen Belegstellen zur Konkretisierung als Hinwendung zum Realen Engisch, S. 85 ff.

11 Vgl. dazu oben S. 29, Ziff. 1.; S. 33/4, Ziff. 2.; S. 34/5, lit. a; S. 54/5, Ziff. 2., und auch S. 56 ff., Ziff. 1.

12 Vgl. Troller, S. 138.

13 Vgl. dazu oben S. 77/8, lit. c.

14 Vgl. dazu oben S. 11 ff., Ziff. 2., und S. 13/4, Ziff. 3.

soll. Nur schon diese Hinweise verdeutlichen, dass der Konkretisierung als Entfaltung in der Wirklichkeit und zur Wirklichkeit gar *keine* einheitliche Denkopoperation zugeordnet werden kann, ohne dass die vielen damit verbundenen Gedankenwege weiter analysiert werden müssen.

Weil das Gegensatzpaar selbst von einem *ontologischen* Ansatzpunkt her entstanden ist, kann es nicht zur weiteren Abklärung geistiger Tätigkeiten bei der Konkretisierung beitragen. Das erste untersuchte Verständnis des Begriffes der Konkretisierung hat hinsichtlich des Zieles der Erkenntnis von *Denkvorgängen* keinen Schritt vorwärts gebracht und kann daher von der weiteren Betrachtung ausgeschlossen werden.

III. Konkretisierung als Veranschaulichung

A. Der zugrundeliegende Gegensatz

Will man das Anschauliche konkret und das Unanschauliche abstrakt nennen¹⁵, so wird der Vorgang der Konkretisierung zur Veranschaulichung. Dabei ist unter Anschaulichkeit die sinnliche Wahrnehmbarkeit zu verstehen. Ansatzpunkt ist also wiederum ein vorrangig *ontologischer* Blickwinkel, weshalb gefolgert werden darf, dass hinsichtlich besonders gearteter Gedankengänge mit innerer Geschlossenheit kein Erfolg wird erzielt werden können.

B. Die Forderung nach Anschaulichkeit des Rechts

Ein Gesetzbuch sollte auch von juristischen Laien gelesen und so weit verstanden werden können, wie es für alltägliche und klarliegende Vorkommnisse nötig ist. Die Forderung nach Anschaulichkeit deckt sich also mit jener nach einer gewissen „Gemeinverständlichkeit“¹⁶. Darauf läuft auch das Postulat nach Volkstümlichkeit der Gesetze hinaus¹⁷. Seine Grenze findet es aber daran, dass es nicht angehen darf, „die Sachangemessenheit der Anschaulichkeit zu opfern“¹⁸.

Im bisherigen Verlauf dieser Arbeit haben wir das Erfordernis der Veranschaulichung als Aufgabe des Systems angetroffen¹⁹. Die Systematisierung des geltenden

15 Vgl. zur Unterscheidung nach dieser Massgabe auch Engisch, S. 4/5.

16 Vgl. diesen Begriff bei Liver, Einleitung, N 137.

17 Vgl. ausführlicher zum Postulat der Volkstümlichkeit Liver, Einleitung, N 133 ff.

18 Vgl. Engisch, S. 83.

19 Vgl. dazu oben S. 96, Ziff. 4.

Rechts deshalb als Konkretisierung zu bezeichnen, würde wohl nur unerwünschter Begriffsverwirrung Vorschub leisten. Auch hier gilt die Feststellung, dass prägnantere Begriffe vorhanden sind und im Interesse der Präzision des sprachlichen Ausdrucks von ihnen Gebrauch gemacht werden sollte²⁰. Auch die zweite Variante des Begriffes der Konkretisierung kann demnach für die Suche nach Ablaufgesetzen geistiger Tätigkeit gestrichen werden.

IV. Konkretisierung als Bestimmung

Bei der Unterscheidung, welche dieser Vorstellung von der Konkretisierung zugrunde liegt, wird dem Konkreten das Bestimmte gleichgesetzt, während Unbestimmtes als abstrakt gilt²¹. Der zugehörige Vorgang der Konkretisierung zielt nun zwar auch auf geistige Tätigkeiten ab und kommt damit der verfolgten Suche entgegen, aber er mutet doch insgesamt nur als erweiternde Übersetzung an: Bestimmung eines weitgefassten Inhalts ist Konkretisierung nämlich gewiss. Auch Definitionen von Begriffen sind aber Bestimmungen, so dass die Bezeichnung der Bestimmung nicht *eine* klar abgrenzbare geistige Tätigkeit umschreibt. Auch dieses Begriffsverständnis kann daher in der Folge ausser acht gelassen werden.

V. Konkretisierung als Vereinzelung

A. Der zugrundeliegende Gegensatz

1. Einzelnes und Vielheit

Einzahl und Vielzahl sind deutlich unterscheidbare Grössen. Man kann eine Vielheit von Gegenständen oder Erscheinungen betrachten, ohne auf gleiche, ähnliche oder ungleiche Eigenschaften Rücksicht zu nehmen. Auf der anderen Seite kann man den Blick nur auf ein Geschehnis oder ein einzelnes anderes einheitliches Phänomen richten und es als *einzelnes* zur Kenntnis nehmen, wobei wiederum von Eigenschaften ganz abgesehen wird. Das Einzelne als Konkretes und das Abstrakte als "Umfangsallgemeines, das auf eine Mehrheit von Gegenständen abzielt"²², sind

20 So schon oben für die zuerst behandelte Begriffsbedeutung der Konkretisierung als Hinwendung zum Realen; vgl. oben S. 107, lit. A.

21 Vgl. ausführlich zu dieser Unterscheidung Engisch, S. 5 ff. und 76 ff.

22 Vgl. Engisch, S. 9.

mit einfachsten rechnerischen Mitteln auseinanderzuhalten. Vereinzelung führt hin zur Einzahl, anzahlmässige Vermehrung zur Vielheit.

2. Würdigung der Vorgänge zwischen Einzahl und Vielzahl

Die Vorgänge der zahlenmässigen Vereinzelung oder Singularisierung und der Vermehrung stellen die allseitig abgrenzbaren Operationen im Spannungsfeld zwischen dem konkret Einzelnen und dem abstrakt Vielen dar²³. Ein erster klar in sich abgeschlossener Denkvorgang, der die Bezeichnung Konkretisierung tragen kann, ist gefunden! — Als Wermutstropfen muss aber auch hier gesagt werden, dass die Ausdrücke der Singularisierung resp. der Vermehrung im Interesse der Prägnanz der sprachlichen Mittel für die Denkvorgänge im Feld von Ein- und Vielzahl weit besser geeignet sind als diejenigen der Konkretisierung oder Abstrahierung.

B. Vereinzelung und Rechtsanwendung

“Dass sich das abstrakte Recht dauernd auf einzelne Fälle bezieht und mit dieser Massgabe ‘konkret’ wird, ist evident”²⁴. Der Vorgang der Vereinzelung auf die jeweiligen Fälle hin ist schon als ein mögliches Mittel der Regelmodifikation begnet²⁵. Ein Lebensereignis steht als zahlenmässig einzelne Einheit im Zentrum aller Rechtsanwendung; zu diesem Zwecke wird es aus der unübersichtlichen Fülle der Lebensbeziehungen isoliert. Der Einzelfall wird dem richterlichen Urteil unterstellt und nicht eine Vielzahl von Fällen zugleich. Insofern als aus der Vielzahl der Fälle jeder für sich seiner Beurteilung zugeführt wird und als das zu beurteilende Geschehen aus der Unmenge der Lebensvorgänge herausgehoben wird, wenn es zur Rechtsanwendung kommt, spielen sich Konkretisierungen von der Vielheit zum Einzelnen hin ab. Diese Vereinzelungen werden aber mit der herkömmlichen Umschreibung als Betrachtung des *Einzelfalles* differenzierter getroffen als mit der angesichts der Vielfältigkeit des Begriffes pauschalisierenden Aussage, es werde konkretisiert.

Da Vereinzelungen notwendigerweise bei jeder Rechtsanwendung und unabhängig von der Art der anzuwendenden Normen vonstatten gehen, kann schon jetzt der Schluss gezogen werden, für die Konkretisierungsabläufe bei der Anwendung von Prinzipien seien Denkopoperationen der Singularisierung als besondere

23 Vgl. dazu auch Engisch, S. 8 ff.

24 Vgl. Engisch, S. 192.

25 Vgl. dazu oben S. 73, lit. a.

Merkmale auszuschliessen. Es werden andere Denkopoperationen sein, die bei der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu tätigen sind.

VI. Konkretisierung als Verbesonderung

A. Der zugrundeliegende Gegensatz²⁶

1. Das Abstellen auf Eigenschaften als massgebliches Unterscheidungskriterium

Vorweg sei die Bemerkung erlaubt, dass die Suche auf in sich geschlossene Denkvorgänge gerichtet ist, die gewöhnlich den Namen der Konkretisierung für sich beanspruchen. Die Methoden der Begriffsbildung sind nicht das zentrale Anliegen; gleichwohl wird mit kurzen Worten auf sie einzutreten sein²⁷.

Wenn mehrere Gegenstände oder Phänomene nebeneinander gehalten werden, liegt es nahe, sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften zu vergleichen. Nur dieser qualitative Vergleich soll jetzt weiter verfolgt werden. Die Objekte, die der Betrachtung unterliegen, können genau gleiche, ganz verschiedene oder in abgestufter Intensität ähnliche Eigenschaften aufweisen. Dabei kann sich die eine Eigenschaft in Anbetracht einer anderen als besondere herausstellen. Letztere ist dann bezüglich der erstgenannten allgemeiner. Eben dieses Verhältnis des Besonderen zum Allgemeineren und umgekehrt ist beim Vergleich mehrerer Objekte nach ihren Eigenschaften der Brennpunkt, der zur Unterscheidung des Gegensatzpaares führt, das nun im Vordergrund steht.

2. Gattungsallesgemeines und Artspezifisches

Das jeweils Besondere zeichnet sich durch seine Art als konkret aus im Verhältnis zum den Eigenschaften nach Allgemeineren, das daher das relativ zum betreffenden Besonderen Abstrakte verkörpert. Konkrete Objekte in diesem Sinne stechen durch die "Besonderheit ihrer Gegenstände"²⁸ aus den relativ zu ihnen abstrakten Gebilden hervor. Diese ihrerseits können als der Gattung nach allgemein dem *Artbesonderen* gegenübergestellt werden. Das Allgemeine an der Gattung sind die Eigenschaften, von denen sie weniger oder weiter gefasste hat; umgekehrt kom-

²⁶ Vgl. ausführlich dazu Engisch, S. 22 ff.; ferner weitere Ausführungen bei demselben, S. 146 ff.

²⁷ Vgl. dazu unten S. 114/15, Ziff. 2.

²⁸ Vgl. Engisch, S. 23.

men der Art engere oder mehr Eigenschaften zu, weshalb sie in der Beziehung der Besonderheit zur Gattung steht.

Ein weiterer in sich geschlossener Vorgang des Denkens, der sich den Namen der Konkretisierung zu eigen gemacht hat, ist hiermit gefunden: Die Verbesonderung steigt durch Einengung oder Vermehrung der Anzahl von Eigenheiten vom Abstrakten zum Konkreten hinab. *Gattungsallgemeinheit* und Artspezifisches nehmen die Plätze an den beiden entgegengesetzten Polen ein. *Inhaltsverallgemeinerung* und *Spezialisierung* sind die einander reziprok entsprechenden Operationen zwischen den beiden Polen, die vollkommen abgegrenzt werden können und als Konkretion oder Abstraktion angesprochen werden dürfen.

B. Konkretisierung als Vorgang im Spannungsfeld von Gattungsallgemeinheit und Artbesonderem im Recht

1. Vorbemerkungen

Den Unterscheidungen nach Gattung und Art kommt das Angewiesensein des Menschen auf vergleichendes Betrachten und Denken entgegen²⁹. Erst mittels vergleichender Überlegungen ist es ihm erlaubt, Aussagen zu machen, die weit über die atomisierende Detailberichterstattung hinausführen. Das Recht im besonderen, welches menschliche Beziehungen ordnen soll, ist auf diese vergleichende Sicht angewiesen. Die Resultate der vergleichenden Arbeit von Anschauung und Denken lassen sich sehr aussagekräftig nach den Kriterien von Gattungsallgemeinem und Artbesonderem gliedern. Es ist daher nicht verwunderlich, dass einem auch im Recht Unterscheidungen im Kraftfeld zwischen generisch Allgemeinem und speziell Konkretem auf Schritt und Tritt begegnen. Einige der gängigen Mechanismen, die von der Trennung in Inhaltsallgemeinheit und Artspezifikation Gebrauch machen, werden nun ohne Anspruch auf Vollständigkeit gestreift, um der Bedeutung des gefundenen Gegensatzpaares und der ihm zugehörigen geistigen Operationen auch äusserlich den gebührenden Platz einzuräumen.

²⁹ Vgl. zum Vergleichen als Mittel des Denkens schon oben S. 53/4, lit. b; ferner S. 56 ff., Ziff. 1.

2. Gattungs- und Artbegriffe

a) Allgemeines

Von der *Begriffsbildung* ist nunmehr die Rede. Dabei wird nicht der Anspruch erhoben, mit der nach logisch-klassifikatorischen Kriterien nötigen Stringenz vorzugehen. Es geht allein um die Denkvorgänge der Artbesonderung im allgemeinen, nicht um deren logische Auseinanderdividierung.

Aus den den Gegenständen zukommenden und "isoliert festgehaltenen Merkmalen"³⁰ lassen sich Begriffe prägen, die man in einer etwas anderen Terminologie mit Schwerpunkt auf den sprachlichen Mitteln, die dabei verwendet werden, auch als "typische Ausdrücke"³¹ bezeichnen könnte. Es wird aber m.E. zur Differenzierung der verschiedenen Ausdrücke resp. Begriffe allemal auf den Umfang oder die Anzahl der mitbezeichneten Merkmale abgestellt³². Daher gilt die Feststellung, dass Begriffe "das ausnahmslos und exklusiv Gemeinsame derjenigen Erscheinungen, die zu einem bestimmten Zweck zusammengefasst werden"³³, festhalten, m.E. für Gattungs- und Artbegriffe gleichermassen, und der Unterschied zwischen einem Begriff der Gattung und einem der Art beruht ausschliesslich auf der Verengung oder zahlenmässigen Vermehrung der jeweiligen Merkmale³⁴. Die Formulierung ganzer Systeme von Gattungs- und Artbegriffen liegt dem Denken demnach nahe. Wird sie nicht als Selbstzweck betrieben, kann sie ein wesentliches Hilfsmittel zur Erklärung komplexer Zusammenhänge sein³⁵.

b) Exkurs: Konkret-allgemeiner Begriff und Arttypus

Auch der sog. konkret-allgemeine Begriff³⁶ knüpft an den Unterschied zwischen Gattungsallgemeinem und Artbesonderem an. Von ihm wird gesagt, er enthalte alle

30 Vgl. Larenz, S. 432; daselbst S. 433 auch eine Würdigung des Nutzens möglichst logischer Begriffsbildung.

31 Vgl. Ott, S. 255.

32 Vgl. zur Notwendigkeit der Wiedergabe gedanklich gebildeter Begriffe mittels sprachlicher Ausdrücke Ott, S. 105, Anm. 395, und S. 140, Anm. 473.

33 Vgl. Ott, S. 140.

34 Für die Verminderung der Merkmale des Begriffes wird häufig der Ausdruck der sog. negativen Abstraktion gebraucht, während dann die Ersetzung eines engeren Merkmals durch ein weiteres, das ersteres beinhaltet, als sog. positive Abstraktion bezeichnet wird. Diese Unterscheidung muss im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter verfolgt werden, da es sich beide Male um Inhaltsverallgemeinerung als reziproke Operation zur Spezialisierung handelt; vgl. ausführlicher zur soeben genannten Unterscheidung Engisch, S. 163 ff.

35 Im gleichen Sinne schon oben S. 59, nach Anm. 45.

36 Vgl. ausführlicher zu diesem von Hegel entwickelten Begriff Larenz, S. 439 ff.; ferner Engisch, S. 30 ff. und 172 ff.

seine möglichen Besonderungen bereits als Teilmomente in sich und sei deshalb inhaltsreicher und nicht etwa -ärmer als seine Konkretionen³⁷. Hier liegt wohl eine der Nahtstellen zur Denkform des Arttypus, denn auch er beinhaltet seine Besonderungen allesamt als zu denkende Variationen und Modifikationen³⁸. Die Vorstellungen des konkret-allgemeinen Begriffes und des Arttypus³⁹ meinen also zwar ein Allgemeines, aber zugleich ein Konkretes, weil die Konkretionen immer schon im Allgemeinen enthalten seien. Dem kann als mögliche Grösse des *Denkens* ohne weiteres zugestimmt werden.

Eine entscheidende Schwäche des konkret-allgemeinen Begriffes und typologischen Denkens offenbart sich aber m.E. vorrangig in den Schwierigkeiten bei der zum Zwecke der Kommunikation nötigen Umformung dieser Grössen des Denkens in solche des *sprachlichen Ausdrucks*. Gattungs- und Artbegriffe lassen sich in sprachliche Ausdrücke giessen. Wie soll das aber für die beiden genannten gedanklichen Gebilde gelingen? Man kann doch unmöglich die sprachlichen Wiedergaben aller Konkretionen aneinanderfügen und diese Summe als den konkret-allgemeinen Begriff bezeichnen. Derselbe Mangel haftet auch der *Denkform* des Typus an: Will man ihn mit den Mitteln des sprachlichen Ausdrucks festhalten, müsste man alle seine Variationen aufzählen⁴⁰. Dabei würde aber die erforderliche Bestimmtheit der sprachlichen Wiedergabe unweigerlich leiden oder gar völlig verlorengehen müssen. Die *Umsetzung* der Denkform in die Sprache legt beiden gedanklichen Gebilden eine erste und m.E. nur schwer zu überwindende Hürde in den Weg. Diesbezüglich bleiben Begriffe für die sprachliche Mitteilung einfacher zu handhaben und sie sind wohl deshalb unverzichtbar. Versucht man den Typus dennoch definitorisch zu erfassen, wird es m.E. am Ende doch wieder zur Begriffsbildung kommen. Der Wert des Typus als *Denkform* ist damit jedoch in keiner Weise in Frage gestellt⁴¹.

3. Sog. "objektivierte" Begriffe

Verschiedene Gründe lassen es immer wieder angezeigt sein, bei Begriffen, die auf den ersten Blick eine weitgehend individualisierende Beurteilung nahezu legen

37 Vgl. dazu etwa Engisch, S. 172/73.

38 Vgl. ausführlich zum Arttypus und zur Verbundenheit von Idealtypus und repräsentativem Typus mit dem Artbesonderen Engisch, S. 250 ff.

39 Im übrigen wird von allen Typen gesagt, sie seien vergleichsweise konkret; vgl. dazu Engisch, S. 237–39.

40 Dabei wird die Frage, ob eine solche Gesamtaufzählung angesichts der immer bestehenden Variationsfreiheit beim Typus überhaupt möglich sei, ausser acht gelassen.

41 Vgl. die umfassende Würdigung der Bedeutung einer Typologie für das schweizerische Gesellschaftsrecht bei Meier-Hayoz/Schluep/Ott, S. 334 ff., wo sich auch Gedanken finden, die in dieselbe Richtung weisen, wie sie im Kontext angedeutet worden ist.

scheinen, eine Objektivierung stattfinden zu lassen. Eine der gewichtigen Ursachen dafür liegt wohl in den Anforderungen der Rechtsgleichheit⁴², und die Wahrung der Rechtssicherheit verlangt derlei Objektivierung ebenfalls. So ist es letztlich wieder die generalisierende Funktion des Rechts, die einen objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff⁴³, eine Objektivierung des Verschuldens⁴⁴ oder für die Bestimmung der Sorgfaltspflicht der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ein "objektives Mass"⁴⁵ verlangt. Kein anderer Denkvorgang als derjenige der Verbesonderung kann dafür Gewähr bieten, dass die geforderte Objektivierung tatsächlich erfolgt; die Berücksichtigung des jeweils Besonderen gibt die objektiven Kriterien ab, welche die generelle Beurteilung ohne Berücksichtigung des Individuellen erlaubt⁴⁶.

4. Der Satz "lex specialis derogat legi generali"

Speziellere Regeln – z.B. solche der Verkehrssitte – haben generelleren Regeln – zu denken wäre etwa an solche des dispositiven Rechts – vorzuziehen. Das besagt der Satz im Titel und er bestätigt dadurch nur für einen eigenen Fragenkomplex den Vorgang der Verbesonderung. Das "Normenstrukturverhältnis"⁴⁷ der "Spezialität schlägt durch"⁴⁸. Die hinsichtlich des zu beurteilenden Falles nach der Denkregel der *Spezifikation* engere Norm gelangt zur Anwendung⁴⁹.

Als letztes Beispiel für die grosse Bedeutung von Gedankengängen zwischen generisch Allgemeinem und spezifisch Besonderem soll rekapitulierend noch einmal mit wenigen Worten die Regelbildung des Rechts beleuchtet werden.

5. Recht und Regelbildung

Weil Recht einerseits eine Ordnungsaufgabe zu erfüllen hat und sich andererseits nach dem Wesen der zu ordnenden Verhältnisse zu richten hat⁵⁰, stellt es Regeln auf. Die genauere Analyse des Regelbildungsgeschehens hat schon früher ergeben, dass dabei an Gattungs- oder Artmodelle Anlehnung genommen wird, was vom

42 Vgl. dazu auch Ott, S. 298, lit. i4.

43 Vgl. dazu Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 143 ff.

44 Vgl. dazu Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 160 ff.

45 Vgl. Bürgi, N 3 zu OR 722.

46 In gleicher Weise wird beim Fehlen eines gemeinsamen feststellbaren wirklichen Willens der Vertragsparteien auf den objektiven Sinn der Erklärung abgestellt; vgl. dazu Merz, N 123 zu ZGB 2; ebenso Ott, S. 111, Anm. 408, und S. 164.

47 Vgl. Ott, S. 194.

48 Vgl. Meier-Hayoz, Wertpapierrecht, S. 77; vgl. ferner dazu auch Merz, N 138 zu ZGB 2.

49 Vgl. zum Verhältnis der Spezialität von Normen ausführlich Ott, S. 194 ff. und 206/07.

50 Vgl. dazu ausführlich oben S. 49 ff., Ziff. II., und S. 53 ff., Ziff. III.

Boden geltender Regeln aus als Orientierung am Durchschnittsfall erscheint⁵¹. Die Untersuchung der damit verbundenen geistigen Tätigkeit hat zur Erkenntnis geführt, dass aus den soeben wiederholten Gründen schon der Regelbildung selbst, einem essentiellen Mittel der Rechtsordnung, die Operationen im Spiel von Gattungsallgemeinem und Artbesonderem entsprechen⁵². Rechtliches Denken läuft ganz allgemein sehr häufig in den Bahnen der *Generalisierung* und der *Spezifikation* ab.

Betrachtet man die Bildung der Rechtsnormen ausschliesslich nach Massgabe der geistigen Tätigkeit des Besonderns beliebiger und konstruierter gattungsallgemeiner Aussagen, dann könnte man sogar zur Feststellung gelangen, auch sie entstünden durch nichts anderes als "Konkretisierung nach Massgabe der typischen Arten der rechtlichen Situationen"⁵³. Würde man hinter allen Rechtsnormen passende gattungsallgemeine Gebilde konstruieren, die nach der hier vertretenen Ansicht nicht Prinzipien, sondern allgemeinste Rechtsgedanken wären, dann liesse sich für einen findigen Geist das gesamte Recht als nur mittels der Konkretisierung im Sinne der immer weiterschreitenden Spezifizierung miteinander in wechselseitigem Zusammenwirken stehender generellster Aussagen verstehbar erklären⁵⁴. Das hiesse aber m.E. einen gedanklichen Arbeitsmechanismus verabsolutieren. Daher wollen wir diesen Konstruktionen im Dienste eines sog. inneren Systems nicht weiter nachgehen und die Spezifikation nur als eine Geistes-tätigkeit, die oftmals den Namen der Konkretisierung führt, festhalten und später für die Anwendung von Prinzipien nutzbar zu machen versuchen.

C. Würdigung der Bedeutung des Gegensatzpaares

Die wenigen angeführten Rechtseinrichtungen, bei denen der Gegensatz von generisch Abstraktem und konkret Besonderem zur Entfaltung kommt, haben mit aller Deutlichkeit gezeigt, von welch überragender Bedeutung dieses Spannungsfeld ist. Die fundamentale "generalisierende Funktion des Rechts"⁵⁵ und der "Rahmencharakter der Norm"⁵⁶ sowie die Tatsache, dass gerade Vorschriften des Zivilrechts

51 Vgl. dazu ausführlich oben S. 56 ff., Ziff. 1., und S. 58, Ziff. 2.

52 Vgl. dazu ausführlich oben S. 58/9, Ziff. 3.

53 Vgl. Engisch, S. 153.

54 Deutlich in diese Richtung geht Larenz, S. 458 ff., weshalb seine Darstellung des sog. inneren Systems auch erheblich vom hier vertretenen Systemverständnis (vgl. oben S. 95 ff., lit. B.) abweicht. Daher entspricht auch der Begriff des Prinzips, mit dem er dabei arbeitet, mit Sicherheit nicht dem in der vorliegenden Arbeit vertretenen. Bei vielen der von Larenz so bezeichneten Prinzipien muss es sich um teilweise sehr konstruktive allgemeine Rechtsgedanken handeln.

55 Vgl. Ott, S. 263.

56 Vgl. Ott, S. 317, Anm. 944, unter Hinweis auf Kelsen.

im Vergleich mit denen etwa des Verwaltungsrechts "sehr allgemein gefasst sind"⁵⁷ im Interesse der Privatautonomie, geben der "fallspezifischen Ermittlung"⁵⁸ von Lösungen bei der Beurteilung anstehender Rechtsfragen grösste praktische Anwendungsmöglichkeiten. Das behandelte Gegensatzpaar ist für die Belange des Denkens im allgemeinen und für diejenigen des Rechts gleichermassen von wohl kaum zu unterschätzendem Gewicht. Ob und inwieweit auch mit der Konkretisierung von Prinzipien des Rechts die Spezifikation auf das Artbesondere hin gemeint ist, wird Thema gesonderter Erörterungen sein⁵⁹.

VII. Konkretisierung als Individualisierung

A. Der zugrundeliegende Gegensatz

Dem Konkreten soll nun das Originäre gleichgesetzt werden. Dieser Ansatz führt über eine blossе Betrachtung des einzelnen oder auch des Einzigen als dem zahlenmässig konkretesten hinaus. Er geht aber auch weiter als die extremste Besonderung, die allein ja nur zu einer ganz spezifischen Art hinleiten kann. In gewisser Weise werden im Begriff des "eigentlich Individuellen, d.h. des unbegreiflich Eigenen und Originellen"⁶⁰, das Einzige und das Besonderste vereinigt anzutreffen sein. Man darf sich darunter aber nicht eine einfache Addition dieser beiden anderen Vorstellungen vom Konkreten denken, weil damit das Originäre nicht treffend herausgehoben wird. Das in gerade "dieser Besonderung Einmalige"⁶¹, die "Synthese des Einzelnen und höchst Besonderen"⁶² erst wird der Vorstellung, die mit dem Originalen verbunden ist, gerecht und gibt die "Unvergleichlichkeit jeder wahren Individualität"⁶³ in zufriedenstellender Form wieder. Mit einem Wort kann das Originale oder Individuelle als das "Einzigartige"⁶⁴ vollständig umschrieben werden. Das schliesst übrigens von vornherein nicht aus, dass das Originäre mit anderen Erscheinungen verglichen wird, und erlaubt es ohne weiteres, vergleichende Betrachtungen bezüglich besonderer Eigenschaften vorzunehmen. "Denn dass es am Individuellen auch 'vergleichbare', also allgemeine Momente gibt, schliesst nicht aus, dass es im ganzen genommen einzigartig ist", streicht auch *K. Engisch*

57 Vgl. Ott, S. 327.

58 Vgl. Ott, S. 78.

59 Vgl. dazu unten S. 122 ff., Ziff. II.

60 Vgl. Engisch, S. 13.

61 Vgl. Engisch, S. 14.

62 Vgl. Engisch, S. 16.

63 Vgl. Engisch, S. 14, unter Hinweis auf Leibniz.

64 So auch Engisch, S. 14.

heraus⁶⁵. Der andere Pol des gegensätzlichen Paares besteht demnach nicht nur in einem Absehen von Besonderheiten oder der Einzigkeit. Beim Abstraktum in diesem Sinne hat "nicht nur eine Erhebung über die Einzahl, sondern zugleich auch ein Hinwegsehen über besondere Unterschiede und Eigenarten stattgefunden"⁶⁶. Das zugleich, und zwar in einem Zuge und nicht als Summierung zweier Vorgänge, quantitativ und qualitativ Allgemeine muss als das Abstrakte im Gegensatz zum Originären gedacht werden.

Der zugehörige Vorgang der Konkretisierung ist demnach als *Individualisierung* oder Hinschauen auf das Originale zu verstehen. Nur einer ersten Betrachtung erscheint dieser Vorgang als zusammengesetzter aus Vereinzelung und Besonderung. Wie sich aus obigen Darlegungen zum dahinterstehenden Gegensatzpaar ergibt, handelt es sich um einen weiteren in sich geschlossenen Vorgang geistiger Tätigkeit, der den Namen der Konkretisierung mit Beschlag belegen kann. Die gleichzeitig und nicht nacheinander ablaufende *Inhalts-* und *Umfangsdetermination* macht die Individualisierung zum in sich abgeschlossenen Denkvorgang.

B. Das Individuelle im Recht

Die Denkvorgänge zwischen Gattungsgemeinheit und Artbesonderem sind als Äquivalent zur Tatsache der Regelbildung erkannt worden. Daraus lässt sich mit Leichtigkeit folgern, dass das Originär-Individuelle normalerweise in der rechtlichen Beobachtung der Lebensereignisse *nicht* zum Zuge kommt⁶⁷. Wir haben aber auch schon festgehalten, dass ein Abgehen von den üblichen geistigen Tätigkeiten regelhaften Rechts für Korrekturprinzipien im Recht in Betracht kommt⁶⁸. Dafür wird – falls überhaupt – die Operation der Individualisierung ins Auge zu fassen sein⁶⁹.

Das Konkrete als das Individuell-Originale ist freilich schon in früheren Erörterungen begegnet. Es zeigte sich als die bewusstseinsmässig erste Realität der Lebensverhältnisse, aus der heraus das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse gewonnen werden muss, das seinerseits kraft seiner inneren Sachgesetzlichkeiten der Regelbildung ruft, um die Herrschaft des Chaos zu verhindern⁷⁰. Das Konkrete im Sinne des Einzigartigen steht insofern am Anfang aller Erkenntnis.

65 Vgl. Engisch, S. 18.

66 Vgl. Engisch, S. 21.

67 Vgl. im gleichen Sinne schon oben S. 61/2, Ziff. IV., in anderem Zusammenhange.

68 Vgl. dazu oben S. 77, lit. b.

69 Vgl. dazu unten S. 124 ff., Ziff. III.

70 Vgl. dazu oben S. 53/4, lit. b, und S. 55/6, Ziff. 1.

VIII. Resultate

Damit soll der Rundgang durch die verschiedenen Varianten und Verständnis-möglichkeiten, die sich hinter dem Begriff der Konkretisierung verbergen, beendet werden. Nicht alle denkbaren Arten sind behandelt worden. Eine Auswahl gelangte zur Darstellung; sie erfolgte mit dem Ziel, einheitliche und in sich abgeschlossene Denkvorgänge zu finden, die für die weitere Betrachtung der indirekten Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen nutzbar gemacht werden können.

Da das Interesse v.a. auf abgrenzbare und in sich geschlossene Operationen denkenden Geistes gerichtet war, seien abschliessend die diesbezüglichen Konkretisierungsformen nochmals genannt: Als erstes zeigte sich der in sich geschlossene Vorgang der *Vereinzelung* mit seiner Manifestation der Einzelfallbeurteilung im Recht. Den zweiten solchen Ablauf geistiger Tätigkeit ergab die Betrachtung der *Spezifikation*, der dank der immer gegenwärtigen Regelhaftigkeit des Rechts grosse praktische Bedeutung hat. Die dritte für sich allein fassbare Operation des Denkens hinter dem Begriff der Konkretisierung war schliesslich die *Individualisierung*, von der eine dahin gehende Vermutung aufgestellt werden konnte, dass sie in Belangen des Rechts normalerweise nicht, im Zusammenhang mit Korrekturprinzipien aber vielleicht doch zum Tragen kommt.

Eine Folgerung darf noch angefügt werden: In Anbetracht der Mannigfaltigkeit der Varianten, die sich hinter dem Namen der Konkretisierung verbergen, ist es unumgänglich, das genaue Begriffsverständnis für die weiteren Erörterungen festzulegen. Bei den weiteren Ausführungen zu Rechtsprinzipien wird mit aller Sorgfalt das zutreffende Konkretisierungsverständnis zu erforschen sein. Wo man mit dem Begriff der Konkretisierung arbeitet, muss das jeweilige Begriffsverständnis festgelegt werden.

4. KAPITEL

ZUR KONKRETISIERUNG VON PRINZIPIEN DES RECHTS

§ 8

DIE MÖGLICHEN DENKFORMEN BEI DER KONKRETISIERUNG VON RECHTSPRINZIPIEN

I. Einleitende Bemerkungen

Die Aufgabenstellung im vorangehenden Paragraphen ging dahin, zunächst die vielfachen Verwendungsmöglichkeiten des Begriffes der Konkretisierung voneinander zu scheiden und zum zweiten diejenigen von ihnen ins Zentrum der Betrachtung zu rücken, die eine einheitliche Operation des Denkens wiedergeben¹. Demzufolge sind die Varianten des Begriffsverständnisses, welche der zweiten der genannten Anforderungen nicht zu genügen vermögen, von der weiteren Behandlung ausgeschieden worden². Drei Konkretisierungstätigkeiten sind gefunden worden, die dem Wunsch nach Einheitlichkeit bei der dabei vorzunehmenden geistigen Operation nachkommen³. Eine davon darf aber für die Konkretisierung von Prinzipien vorweg ausgeschlossen werden: Die Vereinzelung, wie sie in Belangen des Rechts ihren auffälligsten Anwendungsfall in der Einzelfallbetrachtung findet, geschieht vollkommen unabhängig von der Qualität der anzuwendenden Norm. Die Singularisierung kann daher die Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht näher bestimmen⁴. Es verbleiben zwei Konkretisierungsformen, die nun an den Gegenstand der allgemeinen Rechtsgrundsätze herangetragen werden sollen⁵.

In ihrer allgemeinen Tragweite erheischen nach den vorgenommenen Ausschlüssen anderer Varianten folgende zwei Konkretisierungsformen Beachtung für die indirekte Anwendung von Rechtsprinzipien: die *Spezifikation* zum einen⁶ und die *Individualisierung* zum andern⁷.

1 Vgl. zu dieser Aufgabenstellung oben S. 106/07, Ziff. I.

2 Vgl. dazu oben S. 108/09, lit. C.; S. 109, lit. A., und S. 110, Ziff. IV.

3 Vgl. deren zusammenfassende Aufzählung oben S. 120, Ziff. VIII.

4 So schon oben S. 111/12, lit. B.

5 Vgl. den Hinweis darauf schon oben S. 107, vor Anm. 5.

6 Vgl. die allgemeine Darstellung der Spezifizierung oben S. 112 ff., Ziff. VI., und die Erörterung hinsichtlich der Bedeutung bei der Konkretisierung von Prinzipien sogleich S. 122 ff., Ziff. II.

7 Vgl. die allgemeine Darstellung der Individualisierung oben S. 118/19, Ziff. VII., und die Erörterung hinsichtlich der Bedeutung bei der Konkretisierung von Prinzipien unten S. 124 ff., Ziff. III.

II. Der Normalfall: Die Spezifizierung als Konkretisierungsform für Prinzipien des Rechts

A. Rechtsprinzipien und Regelhaftigkeit des Rechts

1. Die allgemeine Vermutung zugunsten der Spezifikation

Jede rechtliche Betrachtung trägt üblicherweise die Tendenz zur Regelhaftigkeit in sich. Das ist einlässlich begründet worden⁸. Dem Regelbildungsvorgang entspricht die geistige Tätigkeit zwischen den Polen der Gattungsallgemeinheit und der Artbesonderung⁹.

Sobald einem Prinzip Rechtsqualität zugeschrieben werden darf, nimmt es normalerweise auch an der Tendenz zur Regelbildung teil¹⁰. Es muss sich dann in den Dienst der Ordnungsaufgabe des Rechts stellen und sich mittels der Wesensanschauung der Ausbildung von Gattungs- oder Artmodellen unterziehen. Die Eigenart der indirekten Anwendbarkeit durch Konkretisierung verlangt allerdings die Regelbildung bei den Prinzipien erst vom Rechtsanwender¹¹. Er hat die Regeln in Anwendung und nach Anleitung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu setzen. Weil er sich dabei der aller Regelbildung adäquaten Denkformen im Spannungsfeld von Gattungsallgemeinem und Artbesonderem bedienen *muss*, kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die *Konkretisierung* von Prinzipien des Rechts im *Normalfall* immer *spezifizierende* Bestimmung von Regelrecht sein muss. Insofern ist eine *Vermutung* zulässig, die geistige Tätigkeit bei der indirekten Anwendung von Rechtsprinzipien sei die Spezifikation. Die Denkbarkeit von Korrekturprinzipien erlaubt es aber nicht, jede konkretisierende Tätigkeit im Zusammenhang mit allgemeinen Grundsätzen pauschal als spezifizierende zu bezeichnen. Nur die genannte Vermutung gilt; sie ist aber in bestimmten Fällen *widerlegbar*¹².

2. Bei ethischen Prinzipien und Generalklauseln im besonderen

Allgemeine Grundsätze mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt heißen ethische Prinzipien¹³. Ein ausdrücklich positiviertes ethisches Prinzip ist eine ethische Generalklausel¹⁴. Hat ein solches Prinzip Rechtsqualität, nimmt es nur schon des-

8 Vgl. dazu ausführlich oben S. 49 ff., Ziff. II.; S. 53 ff., Ziff. III.; S. 62/3, lit. A., und auch noch S. 116/17, Ziff. 5.

9 Vgl. dazu oben S. 58/9, Ziff. 3., und S. 116/17, Ziff. 5.

10 Vgl. dazu oben S. 63, Ziff. 1.

11 Vgl. dazu oben S. 64/5, Ziff. 2.

12 Vgl. dazu unten S. 124/25, Ziff. 1.

13 Vgl. dazu oben S. 46, lit. D.

14 Vgl. zum Begriff der Generalklausel oben S. 39, lit. b.

halb an der Tendenz zur Regelbildung teil. Ein *zusätzlicher* Grund zur Regelhaftigkeit der Anwendungen ethischer Prinzipien und Generalklauseln liegt darin, dass ethische Vorstellungen wohl ganz allgemein, mit Gewissheit aber nach ihrer Transformierung ins Recht als *Massstäbe* an menschliches Verhalten angelegt werden. Die Objektivierung, die ethischen Vorstellungen widerfährt, wenn sie ihre Funktion als Massstäbe übernehmen, ruft auch für sich allein genommen der Regelbildung¹⁵. Um der Aufgabe als Massstab gerecht werden zu können, ist es im übrigen besonders sinnvoll, Anforderungen des Ethos in der Form von Grundsätzen ins Recht zu integrieren¹⁶. Die Regelhaftigkeit der indirekten Anwendungen ethischer Prinzipien folgt neben den allgemeinen Gründen, die sich aus ihrer Rechtsqualität ergeben, noch zusätzlich aus der Massstabfunktion des Ethos überhaupt. Der Massstabfunktion der ethischen Aussage wegen gilt die erwähnte *Vermutung* zur Verbesonderung als richtiger Konkretisierungsform für Prinzipien mit eindeutig eigenem ethischem Gehalt in *verstärkter* Weise.

Ethische Vorstellungen im Recht erstarren oftmals zu Konventionen. Sie werden gewissermassen – wenn auch nur in bestimmten Ausmassen – eingeebnet¹⁷. Die spezifizierende Konkretisierung ist nun ein wichtiges Mittel, diese Konventionalisierung in Schranken zu halten. Im Laufe der Besonderung widerfährt den ethischen Aussagen eine gewisse sachliche Verfestigung, die eine Rückgewinnung des ethischen Gehaltes unterstützt. Je weiter die fallspezifische Konkretisierung vorwärts getrieben wird, desto präziser kann auch der ethische Gehalt festgelegt werden. Die letzte Stufe¹⁸ der Konkretisierung am Einzelfall erlaubt demnach die genaueste Erfassung der ethischen Aussage für die ganz spezifische Lage des Falles. Soweit es Regelbildung und ihr adäquate Spezifizierung zulassen, kann damit die Konventionalisierung intensiv gesteuert werden.

B. Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist normalerweise Spezifizierung

Nach dem bisher Gesagten kann der Schluss gezogen werden, unabhängig vom jeweiligen Inhalt sei die Besonderung nach Eigenarten die zu vermutende Denkform der Konkretisierung von Rechtsprinzipien. Prinzipien eindeutig ethischen eigenen Gehalts bestärken diese Vermutung bezüglich ihrer Konkretisierung nur noch, weil sie Massstäbe enthalten, welche die Anlage zur Regelhaftigkeit in sich selbst tragen.

15 Vgl. dazu oben S. 66/7, lit. B.

16 So schon oben S. 46, lit. D.

17 Vgl. dazu oben S. 67/8, Ziff. 1.

18 Vgl. zu den Stufen der Konkretisierung auch noch unten S. 129 ff., § 9.

Der *Normalfall* der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist die *Spezifikation*. Ausnahmefälle würden die Vermutung widerlegen. Ihnen ist als nächstes nachzugehen.

III. Sonderfälle: Korrekturprinzipien und die Konkretisierungsform der Individualisierung

A. Rekapitulierende Bemerkungen zu den Korrekturprinzipien

Die Verselbständigung bestehenden Regelrechts¹⁹ ruft nach Möglichkeiten zulässiger Regelmodifikation oder im Extremfall der gebilligten Regeldurchbrechung²⁰. Es sind gegenüber dem bestehenden Regelrecht sogar eigentliche Korrekturprinzipien denkbar, die selbst Teile der Rechtsordnung wären. Sie lassen sich in zwei grosse Gruppen aufteilen: die der Regelmodifikation und die der Regeldurchbrechung in jeweils prinzipieller Art²¹. Zwei Eigenheiten solcher Korrekturprinzipien müssen vorrangig abgeklärt werden. Es geht einerseits um die Frage nach einer eigenen Konkretisierungsform²² und andererseits darum, ob bei der Anwendung korrigierender Prinzipien ausnahmsweise auf Regelbildung verzichtet wird²³. Die Beantwortung der ersten Frage ist Gegenstand der folgenden Erläuterungen; die zweite lässt sich nicht im Sinne einer einzigen Variante beantworten, was ebenfalls erklärt werden soll.

B. Die geistige Tätigkeit der Individualisierung bei der Konkretisierung von Korrekturprinzipien

1. Das Abstellen auf das Einzigartige bei Korrekturprinzipien

Von den üblichen Gattungs- oder Artmodellen wird bei Korrekturprinzipien abgegangen. Die Einteilung nach dem jeweils Besonderen unterbleibt vorerst. Damit ist auch ein Abgehen von den für regelhaftes Recht üblichen Denkoperationen der Spezifikation verbunden²⁴. Als einziges Konkretisierungsverständnis, das dafür in

19 Vgl. dazu oben S. 70/1, lit. A.

20 Vgl. zu einigen dieser Korrekturmöglichkeiten oben S. 72 ff., lit. B.

21 Vgl. dazu oben S. 77, lit. a.

22 Vgl. dazu oben S. 77, lit. b.

23 Vgl. dazu oben S. 77/8, lit. c, und S. 81, Ziff. 3.

24 Darauf ist schon oben S. 119, lit. B., hingewiesen worden.

Frage kommen kann, ist die *Individualisierung* übriggeblieben. Sie ist auch der einzige Vorgang, der für korrigierende allgemeine Rechtsgrundsätze zulässig sein darf. Mit der Anwendung eines Korrekturprinzips wird immerhin in klarer Weise von bestehendem Regelrecht abgewichen, sei es *modifizierend*, sei es gar *durchbrechend*. Mit dem Abweichen von der Regelhaftigkeit ist daher eine Gefährdung der Rechtssicherheit, nämlich der Verlässlichkeit auf den Bestand der Regeln selbst, und der Ordnungsfunktion des Rechts verbunden, weil beliebig ausgeweitete und generelle Regelkorrektur durch ein entsprechendes Prinzip dem Entstehen chaotischer Zustände in der Rechtsanwendung unter Verlust des Ordnungswertes Vorschub leisten könnte. Die einzig passende Tätigkeit für die Konkretisierung korrigierender Rechtsgrundsätze kann folglich nur die Individualisierung im Sinne des Abstellens auf das *Einzigartige* sein. Dadurch bleibt die Geltung des bestehenden Regelrechts vollständig gesichert und zugleich wird die intensivste Berücksichtigung des Originären bei der Beurteilung der anstehenden Fragen gewährleistet. Damit wird dem Ziel einer Korrektur, wenn sie schon als notwendig erkannt ist, nämlich dem Ziel, die wirklich passendste Beurteilung zu finden, am nächsten zu kommen sein. Nur mittels individualisierender Konkretisierung kann der Zweck eines Korrekturprinzips, der darin besteht, der passendsten und somit der *richtigen* Beurteilung eines Lebensvorganges zum Durchbruch zu verhelfen, erreicht werden. Die Denkform der Konkretisierung bei den *Sonderfällen* der *Korrekturprinzipien* ist die *Individualisierung*. Bei den Ausnahmefällen der Anwendung korrigierender Prinzipien ist die *Vermutung* zugunsten der Spezifikation, die normalerweise den Vorgang der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze kennzeichnet²⁵, *widerlegt*. Konkretisierung von Korrekturprinzipien ist Individualisierung auf das Einzigartige hin.

Welchen Einfluss diese Erkenntnis auf die Regelbildung bei diesen Prinzipien resp. für ihre Anwendungen hat, soll nun geprüft werden.

2. Anhang: Kein allgemeiner Verzicht auf Regelbildung

a) Ursache der Ungewissheit

Es gibt zwei Hauptgründe für die Regelhaftigkeit des Rechts: Zum einen ist es seine Ordnungsfunktion²⁶ und zum andern seine Anlehnung an das Wesen der zu ordnenden Verhältnisse²⁷, die zwingend zur Regelbildung führen. Die Formulierung von Gattungs- und Artmodellen, die entsprechend zum Wesen der zu ordnenden Verhältnisse geformt werden und der Denkform der Besonderung zuzuweisen

25 Vgl. zu dieser Vermutung oben S. 123/24, lit. B.

26 Vgl. dazu ausführlich oben S. 49 ff., Ziff. II.

27 Vgl. dazu ausführlich oben S. 53 ff., Ziff. III.

sind, fällt nun bei der Individualisierung im Zuge der Anwendung von Korrekturprinzipien offenbar ausser Betracht. Der eine Grund der Regelbildung fehlt demnach bei Anwendungen individualisierend zu konkretisierender Prinzipien. Der zweite Grund, die Ordnungsfunktion des Rechts als Eigenwert, bleibt aber auch bei ausnahmsweise individualisierender Rechtsanwendung fortbestehen. „Die Rechtsordnung kann nur Wesens- und nicht Individualordnung sein“²⁸. Wird dennoch ausnahmsweise auf das Originär-Individuelle abgestellt, so bleibt von dieser Aussage immer noch der selbständige Wert der Ordnung zurück. Es kann daher mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auch bezüglich der Anwendungen individualisierend zu konkretisierender allgemeiner Grundsätze kraft der verbleibenden Ordnungsfunktion zur Formulierung von Regeln kommen. Andererseits ist es aber auch denkbar, dass bestimmte Gründe dazu führen, dass keine Regeln entstehen können, ja vielleicht gar, dass sie nicht gebildet werden dürfen. Sollte im weiteren Verlauf dieser Arbeit ein echtes Prinzip der Regeldurchbrechung entdeckt werden, müsste dieser Möglichkeit eines völligen Verzichts auf Regelbildung besonderes Augenmerk geschenkt werden, und die Gründe wären zu erörtern, die eine Regelbildung auch entgegen dem Ordnungswert als solchem zu untersagen vermöchten²⁹.

b) Die Lösung der Ungewissheit beim Billigkeitsprinzip als Beispiel

Als ein Korrekturprinzip, das individualisierend anzuwenden ist, ist das Billigkeitsprinzip angeführt worden³⁰. Es ist als Korrekturprinzip der Regelmodifikation erkannt worden³¹. Gerade beim Billigkeitsprinzip schlägt das Ordnungselement in seiner eigenständigen Bedeutung durch und leitet längerfristig doch hin zur Regelbildung³². Dieser Effekt tritt ein, obwohl die unmittelbare Formulierung brauchbarer Regeln bei der Individualisierung begriffsnotwendig entfällt. Im Interesse der Ordnung als solcher werden dann über kurz oder lang doch noch Regeln geprägt.

Die Ursache der – wenn auch verspäteten – Regelbildung beim Billigkeitsprinzip liegt m.E. schliesslich darin, dass es sich um ein Prinzip der Regelmodifikation handelt, das im Grunde genommen nur zu anderem Regelrecht hinzutritt. Um diese These mit letzter Gewissheit zu verifizieren, müssten viele modifizierende Korrekturprinzipien danach hinterfragt werden. Die aufgestellte These sei immerhin folgendermassen *verallgemeinert*: Korrekturprinzipien der Regelmodifikation neigen m.E. auf Grund des selbständigen Ordnungswertes im Recht eher zu nachmaliger Regelbildung als Prinzipien der Regeldurchbrechung.

28 Vgl. Troller, S. 190; Hervorhebung vom Verfasser vorliegender Arbeit.

29 Vgl. dazu schon oben S. 81, Ziff. 3.

30 Vgl. zur Individualisierung beim Billigkeitsprinzip oben S. 78/9, lit. a.

31 Vgl. dazu oben S. 80, lit. c.

32 Vgl. dazu oben S. 79/80, lit. b.

c) Das verbleibende Minimum bei Verzicht auf Regelbildung

Die Anforderungen der Gewaltenteilung und des Rechtsetzungsprimats der dafür zuständigen Organe müssen in einem Rechtsstaat hohes Ansehen geniessen und praktisches Gewicht haben. Sie legen den Schluss nahe, regeldurchbrechende Prinzipien des Rechts dürften ganz allgemein nie zur Regelbildung führen³³, weil sie bestehendes Recht von der Anwendung vorübergehend ausschliessen. Es wäre also der Ordnungswert des bestehenden Rechts, der die Regelbildung durchbrechender Korrekturprinzipien untersagen würde. Es müssten wiederum mehrere Prinzipien der Regeldurchbrechung erkannt und analysiert werden, um diese *These* zur Gewissheit werden zu lassen. Die aufgestellte These sei dennoch folgendermassen *verallgemeinert*: Korrekturprinzipien der Regeldurchbrechung dürften bei ihrer Anwendung mittels individualisierender Konkretisierung auf Grund der richtig verstandenen Ordnungsfunktion des bestehenden und weitergeltenden Rechts, das sie vorübergehend von der Anwendung ausschliessen, nicht zu nachmaliger Regelbildung führen. Dieser Gedanke wird später bezüglich eines Prinzips wieder aufgenommen werden³⁴.

Wo immer ein Prinzip individualisierend angewendet wird, können aber im Sinne eines absoluten Minimums *Sachgruppen* gebildet werden. Die verschiedenen Anwendungen, welche mittels der Individualisierung gefunden werden, lassen sich nachträglich zumindest äusserlich in Sachgruppen unterscheiden und zusammenfassen, die den vorgegebenen Verhältnissen nachgebildet sind³⁵. Diese Sachgruppen stehen bei allen Korrekturprinzipien am Anfang der Betrachtung ihrer Anwendungen. Bei den einen kommt es dann doch noch zur Regelbildung; dazu neigen diejenigen, die bestehendes Regelrecht nur modifizieren, eher. Bei den andern, die bestehendes Regelrecht ausnahmsweise trotz seiner weiteren Geltung durchbrechen, muss es bei der Sachgruppenbildung und dem endgültigen Verzicht auf Regelbildung sein Bewenden haben.

33 Im gleichen Sinne schon oben S. 81, Ziff. 3., angetönt.

34 Vgl. dazu unten S. 329 ff., Ziff. 3.

35 Vgl. dazu schon oben S. 77/8, lit. c.

IV. Resultat: Die Erkenntnis des zugehörigen Konkretisierungsvorganges als abhängige Variable von der Erkenntnis des jeweiligen Rechtsprinzips

Die Vermutung spricht dafür, dass der Vorgang der Konkretisierung bei Prinzipien eine Spezifikation meint. Ausnahmefälle sind bei den Korrekturprinzipien anzutreffen, bei deren indirekter Anwendung eine Individualisierung zu geschehen hat. Daraus ergibt sich die wesentliche Folgerung, dass ein jedes Prinzip mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln ausgeleuchtet werden muss, um zur Erkenntnis, von welcher Art es ist, vorzudringen. Je nach Erkenntnis des Prinzips variiert demnach auch die zugehörige Konkretisierungsform. Die genaue Kenntnis des jeweiligen Prinzips ist also unerlässliche Voraussetzung zur Bestimmung seines Konkretisierungsvorganges. Nur wo der Inhalt eines Prinzips bekannt ist, können der Vorgang seiner Konkretisierung und deren Resultat genauer bestimmt werden.

§ 9

DIE DURCHGANGSFUNKTION VON PRINZIPIEN DES RECHTS ALS FOLGE IHRER EIGENHEIT DER KONKRETISIERUNG

I. Einleitung

Auf der Basis der verschiedenen Anwendungsfälle von Prinzipien kann es immer wieder dazu kommen, dass der Gesetzgeber oder die Organe der Rechtsanwendung bei ihrer Rechtsfindungstätigkeit neues Regelrecht erschaffen. Im Gefolge der indirekten Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze gelingen Durchbrüche, die es erlauben, "die vom Leben in unüberblickbarer Fülle aufgeworfenen Probleme zu meistern und für diese Probleme allmählich Lösungsgrundsätze herauszubilden, die schliesslich zu autonomer Gestaltung aufsteigen"¹. Auf dem Hintergrund der mannigfachen Konkretisierungen von Prinzipien wird oftmals neues Regelrecht entstehen. "Die Positivierungen erfolgen durch neues gesetztes Recht, vor allem aber in einem weiteren Sinne durch Regelbildungen des Richterrechts"². Diese Eigenschaft im Zusammenhang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Generalklauseln hat meines Wissens *Hans Merz* als erster mit dem treffenden Ausdruck "*Durchgangsfunktion*" bezeichnet³. Diese Besonderheit soll nunmehr noch mit den verschiedenen Konkretisierungsvorgängen von Rechtsprinzipien in Zusammenhang gestellt werden.

II. Unabhängigkeit der Durchgangsfunktion von der Zulässigkeit der Regelbildung bei der Konkretisierung selbst

1. *Im Normalfall* lässt die Konkretisierung eines Prinzips, da sie üblicherweise Spezifizierung ist⁴, die Bildung eines Modelles zu und in Anlehnung daran direkt die Formulierung einer Regel. In diesen Fällen ist die Konkretisierung selber *unmittelbar* regelbildend. Werden die dermassen entwickelten Regeln so weit selbständig vom Prinzip abgehoben, dass sie als eigenes Regelrecht gelten, so ist die Durchgangsfunktion des Prinzips damit beendet. Diese selbständige Abhebung konkretisierend geschöpfter Regeln kann durch den Gesetzgeber mit neuen Rechtsnormen bestätigt werden, sie kann durch Auslegung eines

1 Vgl. Merz, N 42 zu ZGB 2.

2 Vgl. Merz, N 42 zu ZGB 2.

3 In seiner Kommentierung zu Art. 2 ZGB; vgl. N 42 daselbst; vgl. zudem Merz, Generalklausel, S. 344.

4 Vgl. dazu oben S. 122 ff., Ziff. II.

bestehenden Rechtsinstituts dem geltenden Recht einverleibt werden oder sie kann vom Richter in seiner lückenfüllenden Tätigkeit als unabhängige Vorschrift sanktioniert werden.

2. *In selteneren Fällen* wird ein Prinzip zwar individualisierend konkretisiert, was eine Regelbildung vorerst ausschliesst, aber auf Grund der Ordnungsfunktion des Rechts werden mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung dennoch für ähnlich gelagerte Fälle nachträglich Regeln geschaffen⁵. In diesen Fällen ist der Konkretisierungsvorgang nur *mittelbar* Anlass zur späteren Regelbildung. Dieser Weg der Regelentstehung ist bei der Betrachtung des Billigkeitsprinzips begegnet und ist als These auf alle regelmodifizierenden Korrekturprinzipien ausgeweitet worden⁶. Es kann auch hier wiederum der Richter oder der Gesetzgeber sein, der die gefundene Regel von ihrer Qualität als Folge der Konkretisierung des Prinzips abhebt und zu selbständiger Bedeutung als Teil des Regelrechts erhebt. Damit ist dann die Durchgangsfunktion beendet.
3. *In sehr seltenen Fällen* können die verschiedenen Anwendungsfälle des Prinzips nur als Sachgruppen dargestellt werden und eine Regelbildung muss unterbleiben⁷. Die Ordnungsfunktion des Rechts selbst verbietet dabei die Regelbildung⁸. Für jede der Sachgruppen hat das Prinzip eine relativ zu sich selbst bestimmtere oder gehaltvollere Aussage bereit. Diese Aussage, die es für eine bestimmte Sachgruppe zu machen vermag, kann nachträglich vom Gesetzgeber oder vom Richter zum *Anlass* genommen werden, eine *völlig neue Regel* zu prägen. Diese Regel wird für eine Sachgruppe, der ein vollkommen neues Modell entnommen wird, geschöpft. Das Modell selber wird dabei neu entdeckt und die Regel ist daher *unabhängig* vom eigentlichen Konkretisierungsakt in ihrem Entstehen. Wird diese Regel von ihrer gedanklichen Verwandtschaft mit bestimmten Einzelkonkretisierungen in die Selbständigkeit hinausgehoben, so hat auch bei ihr die Durchgangsfunktion des betreffenden Prinzips ihr Ende gefunden.
4. Es lässt sich mit anderen Worten zur Durchgangsfunktion *zusammenfassend* sagen: Ob bei der Konkretisierung selbst Regeln gebildet werden, ob bezüglich der Anwendungsfälle kraft der Ordnungsfunktion des Rechts bei späteren Konkretisierungen die früheren mitberücksichtigt und auf diesem Wege Regeln geformt werden oder ob unabhängig von all dem für Sachgruppen, aus denen ein neues Modell entnommen wird, Regeln in einem neuen Akt gesetzt werden, ist für die Durchgangsfunktion unerheblich. Immer ist es grundsätzlich denkbar, dass auf Grund der verschiedenen Anwendungsfälle von Prinzipien und für Gruppen dieser Fälle neue Regeln erlassen werden, sei es vom Gesetzgeber,

5 Vgl. dazu schon oben S. 79/80, lit. b.

6 Vgl. dazu oben S. 126, lit. b.

7 Vgl. dazu schon oben S. 81, Ziff. 3.

8 Vgl. dazu oben S. 127, lit. c.

sei es vom Richter. In diesem Sinne ist die *Durchgangsfunktion* von der jeweiligen Konkretisierungsform und von der Frage, ob schon bei der Konkretisierung mittelbar oder unmittelbar regelbildend vorzugehen ist, vollkommen *unabhängig*.

III. Resultat: Durchgangsfunktion jedes Prinzips

Jedes Prinzip ist begriffsnotwendig⁹ abstrakt. Seine Allgemeinheit hält sich nur insofern in Grenzen, als es mit einer einheitlichen Denkform konkretisierungsfähig ist¹⁰. Es ist seiner besonderen Allgemeinheit wegen aber auch konkretisierungsbedürftig, wenn es angewendet werden soll. Diese Konkretisierungseigenschaft hat zur Folge, dass seine Anwendungsfälle in Sachgruppen zusammengefasst werden können. Unabhängig von der Frage, ob bei der Konkretisierung selbst schon Regeln gebildet werden können oder dürfen, kann der Gesetzgeber oder der Richter auf solche Sachgruppen zurückgreifen und zu ihrer Ordnung eine Regel aufstellen. Daher kann man sagen, dass die *Durchgangsfunktion* eines jeden Prinzips die *Folge* seiner Konkretisierungseigenheit ist, die wiederum der besonderen Allgemeinstufe des Prinzips entspricht. Im Gefolge der Eigenschaft der *Konkretisierung* ist eine Durchgangsfunktion für "jede Generalklausel charakteristisch"¹¹ und jedem Prinzip eigen. Die besondere Allgemeinheit von Prinzipien, die in deren Eigenheit der Konkretisierung ihre Entsprechung findet, ist die Ursache dafür, dass jedes Prinzip eine Durchgangsfunktion hat.

Es ist dies die letzte allen Rechtsgrundsätzen gemeinsame Eigenschaft, die festgehalten werden sollte. Damit ist zugleich das Ende der theoretischen Erörterungen zu den Erkenntnisobjekten des Prinzips und der Konkretisierung erreicht. Es bleibt nur noch die Aufgabe, eine Bilanz der wichtigsten Ergebnisse der bisherigen Ausführungen zu ziehen. Das wird im folgenden¹² geschehen.

9 Vgl. zum Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

10 Vgl. zu dieser einheitlichen Denkoperation als geistiger Tätigkeit im Zusammenhang mit Prinzipien oben S. 121 ff., § 8.

11 Vgl. Merz, N 42 zu ZGB 2.

12 Vgl. dazu unten S. 133 ff., 3. Abschnitt.

3. Abschnitt

Hauptergebnisse aus den theoretischen Fundierungen
im Überblick

5. KAPITEL

BILANZ DER AUSFÜHRUNGEN ÜBER RECHTSPRINZIPIEN UND IHRE KONKRETISIERUNGSFORMEN

§ 10 HINWEIS AUF ZWISCHENBILANZEN

Prinzipien oder allgemeine Rechtsgrundsätze und deren Konkretisierungsformen werden zu primären Erkenntnisobjekten, wenn Aussagen zum Gehalt und zur Anwendbarkeit der beiden Absätze von Art. 2 ZGB gemacht werden sollen¹. Zu beiden Gegenständen der Betrachtung sind im Laufe des allgemeinen Teils eingehende Erläuterungen gegeben worden. Am Ende jedes Paragraphen sind Zwischenbilanzen der jeweiligen Resultate gezogen worden. Sie werden im folgenden nicht mehr in voller Länge wiederholt. Es geht vielmehr darum, die wichtigsten Ergebnisse der Erörterungen zu den Prinzipien und ihren Konkretisierungsformen in einem kurzen Überblick darzustellen. Für detailliertere Darlegungen aller Zwischenergebnisse wird daher auf die Zusammenfassungen der Resultate am Ende jedes Paragraphen verwiesen.

¹ Vgl. dazu oben S. 3, Einleitung.

§ 11

THESENARTIGE ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERKENNTNISSE ZU DEN PRINZIPIEN DES RECHTS

1. Die Bemühungen um den Begriff des Prinzips haben zu folgender Definition geführt: Prinzipien sind verallgemeinert formulierte rechtliche Aussagen, die breite Anerkennung bei einem der dafür zuständigen Träger geniessen und deren Abstraktheitsgrad sich dadurch auszeichnet, dass er begriffsnotwendig mit ihrer Konkretisierungsfähigkeit (und im Falle ihrer indirekten Anwendung mit der Konkretisierungsbedürftigkeit) kombiniert ist. Mit dieser Begriffs-umschreibung lässt sich der Gegenstand der allgemeinen Rechtsgrundsätze resp. Prinzipien allseitig abgrenzen.
2. Zur weiteren Unterscheidung der Prinzipien nach Massgabe dieser Definition können verschiedene Kriterien zugezogen werden. Je nach der Wahl des Kriteriums lassen sich besondere Eigenschaften an einem Prinzip gesondert hervorheben. Daher ergeben sich verschiedene Arten von Prinzipien. Die wichtigsten Kriterien, die erörtert worden sind, waren: die Einteilung nach rechtlich erheblichen Sachbereichen, nach dem Erkenntnisgrund und nach dem Grad des ethischen Gehaltes. Die bedeutsamsten Arten von Prinzipien, die dabei entwickelt worden sind, seien nochmals aufgezählt: Es waren die Prinzipien des Zivilrechts, vorgegebene Prinzipien, in der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien – mit der wichtigen Gruppe der Generalklauseln – und Prinzipien mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt. Da jeder dieser Einteilungsraster die Prinzipien nur von einer besonderen Seite her beleuchtet, müssen sie alle an einen einzelnen Grundsatz angelegt werden, welcher genauer analysiert werden soll. Keines der Kriterien darf für sich Ausschliesslichkeit beanspruchen.
3. Alles Recht und die rechtliche Betrachtungsweise neigt in einer Grundtendenz zur Regelhaftigkeit. Das hat zwei hauptsächliche Ursachen: Zum einen verlangt der Ordnungswert als Eigenwert die Bildung von Regeln; zum andern bringt die phänomenologische Untersuchung der zu ordnenden Lebensverhältnisse eigengesetzliche Strukturen im Wesen der Erscheinungen ans Licht (sog. Natur der Sache), die auch der Regelbildung rufen. Bei der Regelbildung selbst wird an Gattungs- oder Artmodelle, die sich aus der Wesensschau ergeben, Anlehnung genommen. Daher erfasst die fertige Regel Durchschnittsfälle. Diesem Vorgang der Regelbildung entsprechen geistige Tätigkeiten im Spannungsfeld zwischen Gattungsallgemeinem und Artbesonderem, während das Individuelle an den Geschehnissen normalerweise der rechtlichen Betrachtung der Lebenswelt fernbleibt. Ihrer Rechtsqualität wegen nehmen auch Prinzipien an der Tendenz zur Regelhaftigkeit teil. Sie haben dabei jedoch die Besonderheit, dass die Formu-

lierung der Regeln noch nicht abgeschlossen ist, sondern nach Anleitung der allgemeinen Aussage des Prinzips dem Rechtsanwender aufgegeben ist.

4. Ethische Vorstellungen setzen Massstäbe. Die Massstabfunktion gibt einen zusätzlichen Grund zur Regelbildung ab, wenn Ethos ins Recht integriert wird. Sie bewirkt auch, dass die Form des Grundsatzes für ethische Anforderungen im Recht besonders geeignet ist. Ethische Prinzipien und Generalklauseln vermögen mittels sachadäquater Konkretisierung zudem der Nebenwirkung der Konventionalisierung des Ethos, die mit der Ethisierung des Rechts notwendig einhergeht, wirksam zu steuern. Auch ethische Anforderungen in Gebotsform können in den Belangen des Rechts nur bei – häufig erst gröblichen – Verstößen gegen ein zu ergänzendes Verbot durchgesetzt und mit Sanktionen versehen werden.
5. Niedergeschriebenes Regelrecht verselbständigt sich zu eigenem Dasein. Es wird zu objektiviertem Geist. Der lebende Geist des Rechtsanwenders tritt mit einem Instrumentarium von Modifikationsmöglichkeiten in Händen der Verselbständigung der Regelhaftigkeit entgegen. Im besonderen kann eine Rechtsordnung eigentliche Korrekturprinzipien gegenüber starrer Regelhaftigkeit beinhalten, die weitgehend rechtstechnische Bedeutung haben. Das ist eine weitere Art von Grundsätzen. Sie teilt sich in zwei Untergruppen auf: in Korrekturprinzipien der Regelmodifikation und der Regeldurchbrechung.
6. Eine Herleitung aus dem positiven Recht ist für den Erkenntnisakt von Prinzipien, insbesondere von vorgegebenen, als solchen zweitrangig. Trotzdem genügt die Positivierung als Erkenntnisgrundlage für allgemeine Rechtsgrundsätze. Prinzipien, denen Rechtsverbindlichkeit zuerkannt ist, haben als Hilfsmittel der Rechtsfindung erhöhtes Argumentationsgewicht. Sie sind aber nie direkt, sondern nur auf dem Wege ihrer Konkretisierung indirekt anwendbar. Normalerweise sind sie zudem nicht selbständig anwendbar und können nicht als selbständige Gründe zur Ergreifung eines Rechtsmittels dienen.
7. Die verschiedenen Elemente eines positiven Rechts finden in dessen System ihre gegenseitigen Ergänzungen und Schranken. Es gibt daher kein allumfassendes Superprinzip des Rechts. Lösungen für neue Rechtsprobleme müssen mit anderen Mitteln als einem solchen Überprinzip gesucht werden.

§ 12
THESENARTIGE ZUSAMMENFASSUNG
DER WICHTIGSTEN ERKENNTNISSE
ZUR KONKRETISIERUNG VON PRINZIPIEN DES RECHTS

1. Die Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung besteht vorerst darin, mehr Sinngebung als Sinndeutung zu sein. Das hebt sie deutlich von der Auslegung und den üblichen Vorgängen bei der Lückenfüllung ab. Diese Eigenart der Konkretisierung kann nach den geistigen Operationen des Denkens hinterfragt werden, welche dabei ablaufen. Einheitliche, klar abgrenzbare und in sich geschlossene Denkvorgänge müssen erforscht werden, die den Namen der Konkretisierung tragen.
2. Von den vielen Verwendungsmöglichkeiten des Begriffes der Konkretisierung können vorab jene, die an ontologische Kriterien anknüpfen, ausgeschlossen werden, da sie keine in sich abgeschlossenen geistigen Tätigkeiten umfassen. Drei Abläufe des Denkens sind zu erkennen, die den Anforderungen nach innerer Geschlossenheit zu genügen vermögen. Es sind dies die Vereinzelung, die Spezifizierung und die Individualisierung.
3. Weil die Singularisierung innerhalb der Rechtsanwendung durch die Beurteilung des Falles als einzelnen und als einzelnen Geschehens unabhängig von der Qualität der anzuwendenden Normen verwirklicht wird, kann sie die besondere Eigenart der Konkretisierung nicht treffen.
4. Die geistige Tätigkeit des Besonderns kommt dem Grundzug des Rechts zur Regelhaftigkeit entgegen. Da auch Prinzipien normalerweise an der Tendenz zur Regelbildung und den ihr entsprechenden Denkvorgängen zwischen Gattungsallgemeinem und Artbesonderem partizipieren, ist der Normalfall der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze die fallspezifizierende Tätigkeit. Im Normalfall geht daher mit der Konkretisierung die Regelbildung einher. Es besteht eine allgemeine Vermutung zugunsten der Spezifikation als geistiger Tätigkeit bei der Konkretisierung von Rechtsprinzipien. Diese Vermutung verdichtet sich beinahe zur Gewissheit bei ethischen Prinzipien und Generalklauseln, weil bei ihnen der zusätzliche Regelbildungsfaktor der Massstabfunktion die zugehörige Denkopoperation der Spezifizierung ebenfalls fordert. Die Vermutung zugunsten der Spezifikation ist aber widerlegbar.
5. Korrekturprinzipien haben zum Zweck, die Regelhaftigkeit des Rechts im Interesse der Richtigkeit der Beurteilung zu mildern, wo es nötig ist. Sie stellen daher auf das Einzigartige ab und widerlegen die Vermutung zugunsten der Besondere, die ja die geistige Tätigkeit des Vergleichens und der Regelbildung schlechthin ist. Die Ausrichtung des Denkens an Gattungs- und Artmodellen entfällt

daher. In den Sonderfällen der Korrekturprinzipien erfolgt aus diesen Gründen die Konkretisierung ausnahmsweise in der Denkform der Individualisierung.

6. Eine der Ursachen zur Regelbildung fehlt demnach bei der Konkretisierung von Korrekturprinzipien: die Ausrichtung an Gattungs- oder Artmodellen in Anlehnung an das Wesen der Lebensverhältnisse. Die zweite Wurzel der Regelmäßigkeit des Rechts ist der Eigenwert der Ordnungsfunktion. Sie bleibt auch bei der individualisierenden Konkretisierung wirksam. Das bringt bei späteren Entscheidungen mit Rücksicht auf die früheren trotz Individualisierung ab und zu die Prägung von Regeln mit sich. Korrekturprinzipien der Regelmodifikation, die zu bestehendem Regelrecht nur hinzutreten, neigen auf Grund des selbständigen Ordnungswertes im Recht zu nachmaliger Regelbildung. Bei Korrekturprinzipien der Regeldurchbrechung bewirkt der Ordnungswert gerade das Gegenteil: Er verlangt im Interesse der Erhaltung des weiter in Geltung bleibenden und nur ausnahmsweise nicht zur Anwendung gelangenden bestehenden Rechts, dass von jeder Regelbildung Abstand genommen wird. Wo immer auf Regelbildung vorübergehend oder zwingend verzichtet wird, verbleibt für die individualisierend gefundenen Konkretionen eines Prinzips als Minimum die Sachgruppenbildung. Die Sachgruppen der Anwendungsfälle werden ihrerseits wieder in Anlehnung an die Wesenserkenntnis der Lebensereignisse geformt.
7. Mit einem Korrekturprinzip der Regeldurchbrechung sind folglich dreierlei ungewöhnliche Vorgänge verbunden: zum einen die Berücksichtigung des Individuell-Originalen als Basis der Entscheidung mittels der individualisierenden Konkretisierung, ferner die Beschränkung auf Sachgruppenbildung unter Verzicht auf Regelbildung und drittens die ausnahmsweise Entscheidung entgegen bestehendem und weiter in Geltung bleibendem Recht mittels zulässiger von der Rechtsordnung gebilligter Regeldurchbrechung.
8. Jedes Prinzip und jede Generalklausel hat unabhängig davon, ob bei seiner Konkretisierung unmittelbar Regeln formuliert werden, eine Regelbildung erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung kraft des Eigenwerts der Ordnung mittelbar erfolgt oder die Regelbildung bei der Konkretisierung vollständig untersagt ist, eine Durchgangsfunktion. Das will sagen, dass der Gesetzgeber oder der Richter für Lebensereignisse, die erst auf Grund von konkretisierend entdeckten Anwendungsfällen allgemeiner Rechtsgrundsätze einer Regelung bedürftig erscheinen, Modelle ermitteln und vollkommen neue Regeln aufstellen kann.

Der Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und die zugehörigen Konkretisierungsformen

“Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.”

Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (in Kraft seit 1. Januar 1912)

Einleitung

Primärer Erkenntnisgegenstand der vorliegenden Arbeit ist Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; um seine beiden Absätze zu untersuchen, bedurfte es vorheriger Abklärungen zu den Erkenntnisgegenständen der allgemeinen Rechtsgrundsätze und den Vorgängen, die den Namen Konkretisierung tragen, was im allgemeinen Teil der Arbeit geschehen ist. Die dabei ermittelten Resultate sollen nun im besonderen Teil als theoretisches Fundament für die Bearbeitung des Prinzipiengehaltes der beiden Absätze von Art. 2 ZGB und der zugehörigen Konkretisierungsformen nutzbar gemacht werden¹.

Vorausgeschickt werden sollen einige Bemerkungen zur historischen Herkunft der heute mit dem Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, und dem Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs verbundenen Vorstellungen. Im Anschluss daran gilt es zu untersuchen, ob die Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB im Sinne der Begriffsdefinition, die im allgemeinen Teil entwickelt worden ist, als Rechtsprinzipien anzusprechen sind. Im Vordergrund stehen danach Aussagen zum Prinzipiengehalt und zu den Konkretisierungsformen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB; dabei soll ein Schwerpunkt auf die Verarbeitung der gesichteten Judikatur gelegt werden. Zu verschiedenen Einzelfragen wird im Ablauf dieser Erörterungen Stellung genommen werden.

Ziel dieser Ausführungen im besonderen Teil der Arbeit ist es, die Einsichten zum Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und den zugehörigen Konkretisierungsformen am Schluss in konzentrierter Form zusammenzufassen².

1 Vgl. in diesem Sinne schon oben S. 3, Einleitung.

2 Vgl. dazu unten S. 407 ff., 4. Abschnitt.

1. Abschnitt

Historische Ursprünge und Prinzipienqualität
von Treu und Glauben
und Rechtsmissbrauchsverbot

1. KAPITEL

PROLOG: ZU DEN HISTORISCHEN URSPRÜNGEN VON TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT; IHRE GRUNDGEDANKEN

§ 13 ZUR HERKUNFT DER HEUTE MIT TREU UND GLAUBEN VERBUNDENEN VORSTELLUNGEN UND IHREM GRUNDGEDANKEN

I. Vorbemerkungen

A. Allgemeines

Die folgenden Ausführungen bezwecken keineswegs eine umfassende Darstellung der Genese der *Vorstellungen*, die *heute* mit der Bezeichnung Treu und Glauben in Verbindung gesetzt werden, in ihrem – ausgesprochenen oder stillschweigenden – Auftreten zu verschiedenen Zeiten¹. Ferner soll zunächst die Frage, ob es sich bei Treu und Glauben um ein Prinzip im Sinne der entwickelten Definition handle, ausgeklammert werden²; dazu werden später gesonderte Erörterungen folgen³. Es geht bei den Überlegungen zu den historischen Ursprüngen der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen einerseits zwar um einen kurzen Überblick über die Wurzeln und die Grundgedanken dieser heute so gängigen Rechtseinrichtung⁴; wichtigstes Ziel der Gedanken zur Herkunft von Treu und Glauben ist es aber, deren Resultat neben die entsprechenden Überlegungen zu den Ursprüngen des Rechtsmissbrauchsverbotes zu stellen⁵, um aus der historischen Perspektive einen m.E. bedeutsamen Schluss zu ziehen⁶.

1 Vgl. dazu ausführlicher die im Literaturverzeichnis aufgeführte Arbeit von W.F. Bürgi über Ursprung und Bedeutung auch von Treu und Glauben.

2 Vgl. zur Definition des Begriffes des Rechtsprinzips oben S. 25, lit. E.

3 Vgl. dazu unten S. 175 ff., Ziff. II.

4 Vgl. zur grossen Verbreitung von Treu und Glauben im heutigen schweizerischen Recht unten S. 221/22, Ziff. 6., sowie S. 233, lit. e.

5 Vgl. zur Herkunft der heute mit dem Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen unten S. 160 ff., § 14.

6 Vgl. dazu unten S. 171/72, lit. B., sowie auch S. 172, Ziff. IV.

B. Die besonders beleuchteten Aspekte

Zwei Entwicklungslinien von Treu und Glauben sollen etwas näher beleuchtet werden: zum einen die Bedeutung im Vertragsrecht von den *bonae fidei negotia* der Römer bis hin zur allgemeinen Anerkennung des Vertrauensprinzips, zum andern das Gebot schonender Rechtsausübung, des *civilter uti*, als Ausdruck von Treu und Glauben im Sachenrecht. Damit sollen einige Schwerpunkte bezüglich der Entwicklung der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen gesetzt werden. Daran wird eine Darstellung der Grundgedanken von Treu und Glauben angefügt werden⁷.

II. Treu und Glauben im Vertragsrecht⁸

A. Die “bona fides” im römischen Vertragsrecht

1. Als neu zugelassene Verpflichtungsgrundlage

Die *bona fides* fand auf prozessualen Wege und als Milderung im Verhältnis zum streng formalistischen älteren Recht Eingang in die römische Rechtspraxis. Die Ursache dafür lag wohl hauptsächlich darin, dass “mit zunehmender Ausdehnung der territorialen und wirtschaftlichen Verhältnisse” allmählich “das Bedürfnis nach erweiterter Rechtsgestaltung”⁹ immer grösser wurde.

Durch die Einführung des neuen Elementes “*ex fide bona*” in die Klageformeln wurde “dem Richter aufgegeben zu verurteilen in das, ‘was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig ist nach der *guten Treue*’ (*quidquid ... dare facere oportet ex fide bona*)”¹⁰. Damit war “die *fides* als Verpflichtungsgrundlage”¹¹ anerkannt.

2. Als Massstab der Verpflichtung

“Eine vom Formalismus befreite Rechtsauffassung setzte sich in dem Masse durch, als die *bona fides* an Boden gewann”¹². “Seit dem Beginn der klassischen

⁷ Vgl. dazu unten S. 154 ff., Ziff. IV.

⁸ Vgl. als eingehendere Abhandlung zur Bedeutung von Treu und Glauben für das Vertragsrecht im Laufe der Entwicklung Meier-Hayoz, Diss.

⁹ Vgl. Bürgi, S. 98.

¹⁰ Vgl. Kaser, S. 133, Ziff. IV. 3.; Hervorhebungen teilweise weggelassen.

¹¹ Vgl. Merz, N 9 zu ZGB 2.

¹² Vgl. Meier-Hayoz, Diss., S. 37.

Zeit werden die *bonae fidei iudicia* aus der Überlegung, dass die gute Treue ebensogut verbindlich macht wie eine *lex*, dem *ius civile* zugerechnet¹³. Damit war der Weg frei zu einem Funktionswandel: Die *bona fides* wurde zum eigentlichen „Massstab der Verpflichtung“¹⁴, „nach dem der Richter das Rechtsverhältnis zu beurteilen“¹⁵ hatte.

Bonae fidei negotia waren nunmehr Verträge, die „zur Leistung alles dessen verpflichten, was mit Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles unter billig denkenden Leuten (wie man zu sagen pflegt ‘nach Treu und Glauben’) erwartet wird“¹⁶. Im Bereiche der strengrechtlichen älteren Klagen wurde der *bona fides* durch die Erweiterung des prozessualen Mittels der *exceptio doli* zum Durchbruch verholfen¹⁷. Diese sog. Einrede der Arglist wurde nämlich – viel weiter, als es der Name vermuten liesse – überall da zugelassen, „wo durch die Erhebung des Klagebegehrens *objektiv* gegen die *bona fides* verstossen“¹⁸ worden war. „In dieser Anwendung pflegt die *exceptio doli* daher heute als *exceptio doli generalis* (oder *doli praesentis*) bezeichnet zu werden“¹⁹.

Besonders in älteren Urteilen schweizerischer Gerichte ist noch verschiedentlich mit den soeben erörterten Begriffen argumentiert worden²⁰.

13 Vgl. Kaser, S. 134; Hervorhebungen des Originals sind weggelassen.

14 Vgl. Merz, N 9 zu ZGB 2.

15 Vgl. Kaser, S. 134.

16 Vgl. Sohm/Mitteis/Wenger, S. 375.

17 Vgl. dazu ausführlicher Kaser, S. 135, Ziff. 4.; ferner Bürgi, S. 98/9; sodann vor allem Sohm/Mitteis/Wenger, S. 705 ff.

18 Vgl. Sohm/Mitteis/Wenger, S. 706.

19 Vgl. Sohm/Mitteis/Wenger, S. 706. Im Gegensatz dazu meint die sog. *exceptio doli specialis* weiterhin die eigentliche Einrede subjektiver Arglist. Beide Einreden wurden aber im römischen Recht formell nicht getrennt und trugen gemeinsam den Namen der *exceptio doli*. Die dargestellte Trennung geschah erst in späteren Zeiten.

20 Vgl. etwa BGE 28 II 242, E. 4. a.A., wo erklärt wird, „dass der Mietvertrag wie übrigens im heutigen Rechte alle Verträge und Rechtsgeschäfte, die nicht streng formeller Natur sind – ein *contractus bonae fidei*“ sei und daher nach Treu und Glauben ausgelegt werden müsse.

Wo der Promittent arglistig die Tätigkeit des Mäklers verhindert oder über eine bestehende Befristung hinaus verzögert, schuldet er dennoch die verabredete Provision; obwohl sich dieses Ergebnis schon unmittelbar durch Anwendung von Art. 176 aOR (= Art. 156 OR) hätte erreichen lassen, ist noch in BGE 26 II 350 in einem solchen Falle „la replicatio doli“ gewährt worden, hat das Bundesgericht in BGE 26 II 577/78, E. 3., „zunächst die Frage der Arglist des Promittenten“ geprüft und in BGE 29 II 112, E. 6., festgestellt, dass im Falle eines „Dolus“ klar wäre, dass die Provision auf Grund von Art. 176 aOR geschuldet sei; im gleichen Sinne unter Berufung auf die genannten Entscheide aus dem Bd. 26 auch noch BGE 34 II 733. Vgl. ferner zu dieser Frage die heutigen Art. 413 und 432 OR sowie Merz, N 577 zu ZGB 2.

Ohne auf die jeweiligen Problemlagen weiter einzugehen, seien noch die Formulierungen in BGE 52 II 361 („*exceptio doli*“), 71 II 106 („Einrede der Arglist“) und BIZR 10 (1911) Nr. 26, S. 76 („*exceptio doli*“), erwähnt, wo die *exceptio doli specialis* anvisiert worden ist.

3. Die Entwicklung der bona fides im gemeinen Recht

Waren bei den Römern die Gedanken der guten Treue “unlösbar mit prozessualen Institutionen verquickt”²¹, so wurden sie im gemeinen Recht des Mittelalters endgültig von diesen “prozessualen Bindungen”²² abgelöst und “zu materiellen Rechtssätzen”^{23,24}. Die Vorstellungen von Treu und Glauben gelangten in der Folge im gemeinen Recht zu allgemeiner und umfassender Bedeutung²⁵.

Eine genauere Unterscheidung zwischen gutem Glauben und Treu und Glauben wurde — es sei nebenher vermerkt — auch im gemeinen Recht offenbar noch nicht vorgenommen²⁶.

B. Der Treuegedanke im germanischen Vertragsrecht

Der Treuegedanke spielte im germanischen Recht weitem eine grosse Rolle²⁷. Dementsprechend lag der Ansatzpunkt für das germanische Vertragsrecht nach Überwindung des strengen Festhaltens am gegebenen Wort in der Vorstellung von “der gegenseitigen Treue der Vertragsschliessenden”²⁸. Der Schwerpunkt der vertraglichen Verbindung wurde im “Moment des gegenseitigen Vertrauens und der Verbundenheit”²⁹ gesehen. Auf diese Weise kamen auch im germanischen Vertragsrecht die heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen zur Geltung.

21 Vgl. Bürgi, S. 100.

22 Vgl. Bürgi, S. 101.

23 Vgl. Merz, N 10 zu ZGB 2.

24 Dass dabei allerdings der Gedanke der *aequitas*, der Billigkeit, vermehrt in den Vordergrund trat, sei nicht verschwiegen, soll aber nicht weiter verfolgt werden; vgl. dazu auch Merz, N 10 zu ZGB 2.

25 In diesem Sinne äusserte sich auch das Bundesgericht, als es in BGE 38 II 463 ausführte, es unterliege denn auch keinem Zweifel, “dass die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 ZGB, ..., auf den, *schon im gemeinen Recht* mehr oder weniger allgemein anerkannten Grundsatz zurückgeht, wonach alle zivilrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen so auszulegen sind, wie Treu und Glauben im Verkehr es erfordern, ...”; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

26 Vgl. dazu Merz, N 12 zu ZGB 2, sowie Jäggi, N 14–17 zu ZGB 3.

27 Vgl. dazu Hueck, S. 4, mit weiteren Hinweisen in den Anmerkungen; ferner Mitteis/Lieberich, S. 112, Ziff. 2., sowie S. 28/9, Ziff. II., und S. 137, Ziff. 2.

28 Vgl. Meier-Hayoz, Diss., S. 37.

29 Vgl. Bürgi, S. 103; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

C. Schlussbemerkungen

Die vorstehende Skizze der Entwicklungslinien genügt zur Feststellung, dass sich Treu und Glauben im römischen und im germanischen Vertragsrecht gleichermaßen entfaltete.

“Der Grundsatz von Treu und Glauben will im deutschen wie im römischen Recht ein den Umständen angemessenes *Vertrauen* der Vertragsparteien schützen”,

sagt W. Bürgi in einem zusammenfassenden Sinne³⁰. Hinsichtlich des Vertragsabschlusses fasst A. Meier-Hayoz dieses Ergebnis mit den folgenden Worten zusammen³¹:

“Sowohl das von der bona fides beherrschte klassische römische Recht wie das vom Treuegedanken ausgehende germanische Recht haben bei der rechtlichen Erfassung des Vertragsabschlusses Wege eingeschlagen, die dem Vertrauensprinzip keineswegs widersprechen ... Damit war jener Pfad betreten, an dessen Ende das Vertrauensprinzip liegt.”

Das Vertrauensprinzip, eine nach heutigem Verständnis Treu und Glauben zuzuordnende Vorstellung, hat hernach — obgleich von manchen Widerständen begleitet — seinen endgültigen Siegeslauf angetreten³².

III. Treu und Glauben als Gebot der schonenden Rechtsausübung im Sachenrecht

A. Die Anfänge im (Grund-)Dienstbarkeitsrecht

1. Die unerlässliche Voraussetzung des Gebotes

Schon die Wortwahl für die Bezeichnung des Gebotes deutet darauf hin, dass zwar ein Recht ausgeübt wird, dass aber zugleich eine gewisse Spannweite von Ausübungsmöglichkeiten besteht. Ein gewisser *Spielraum* hinsichtlich der Rechts-

³⁰ Vgl. Bürgi, S. 102.

³¹ Vgl. Meier-Hayoz, Diss., S. 39.

³² Auf den langen Weg der Entwicklung bis zur definitiven Anerkennung des Vertrauensprinzips als den Vertragsabschluss beherrschendes wird im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter eingetreten; vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Meier-Hayoz, Diss., S. 41 ff., 67 ff. und 91 ff., ferner auch etwa zum deutschen Recht im besonderen Wieacker, S. 517, lit. cc.

ausübung ist unerlässliche Voraussetzung der Vorstellungen, die mit dem Gebot der schonenden Rechtsausübung einhergehen. Negativ formuliert bedeutet das, "dass das betreffende subjektive Recht nicht a priori auf eine bestimmte Ausübungsmöglichkeit begrenzt"³³ sein darf, wenn das Gebot der Schonung zum Tragen kommen soll³⁴.

2. Das "civiliter uti" im römischen Recht

Die genannte, begriffsnotwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gebotes der schonenden Rechtsausübung macht verständlich, "warum sich die Idee der schonenden Rechtsausübung des civiliter uti"³⁵ "zuerst im Dienstbarkeitsrecht durchgesetzt hat (...), dann ganz allgemein im Immobilienrecht bezüglich der Ausübung der Befugnisse des dinglich Berechtigten, insbesondere des Grundeigentümers"³⁶. Gerade im Sachenrecht sind nämlich die Rechte häufig, bei deren Ausübung ein ganzes Spektrum von Möglichkeiten zur Auswahl offenstehen kann. So hat sich auch im römischen Recht der Gedanke des "civiliter uti"³⁷ "zuerst im Sachenrecht, vor allem im Grunddienstbarkeitsrecht durchgesetzt"³⁸. Ob er sich später in noch allgemeinerer Weise verbreitet hat, scheint noch nicht mit Gewissheit abgeklärt zu sein³⁹.

33 Vgl. Meier-Hayoz/Zweifel, S. 390.

34 Im gleichen Sinne Merz, N 395 zu ZGB 2, wo zur Verdeutlichung das Beispiel angeführt ist, dass es keine mehr oder weniger schonende Ausübung des Rechts auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes geben kann. Ebenso kann z.B. das Recht zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nur ausgeübt oder nicht ausgeübt werden und es besteht kein Spielraum für irgendeine Vorstellung der Schonung in der Ausübungstätigkeit als solcher.

35 Vgl. Meier-Hayoz/Zweifel, S. 390.

36 Vgl. Merz, N 396 zu ZGB 2; die Hervorhebungen des Originals sind weggelassen worden.

37 Vgl. Dig. 8, 1, 9.

38 Vgl. Meier-Hayoz/Zweifel, S. 389.

39 Vgl. immerhin die Vermutung für eine noch allgemeinere Verbreitung bei Meier-Hayoz/Zweifel, S. 389, unter Hinweis auf Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, München/Leipzig 1934, S. 142, ferner S. 107.

B. Die Weiterentwicklung über das Sachenrecht hinaus

1. Die Verallgemeinerungsfähigkeit des Gebotes

Der Grundgedanke des Gebotes der schonenden Rechtsausübung ist als solcher ohne weiteres der Verallgemeinerung zugänglich, solange nicht die unerlässliche Voraussetzung⁴⁰ eines gewissen Freiraums bei der Wahl der Rechtsausübung ausser acht gelassen wird. Wo immer ein solcher Spielraum vorhanden ist, darf zumindest geprüft werden, ob das Gebot der Schonung Geltung beanspruchen dürfe. Insofern ist die Vorstellung verallgemeinerungsfähig, was vielleicht schon im nachklassischen römischen Recht erkannt und durchgeführt wurde⁴¹.

2. Einige Hinweise zur späteren Verallgemeinerung

Von der Verallgemeinerungsfähigkeit der Vorstellung der schonenden Rechtsausübung wurde später offenbar reger Gebrauch gemacht. So stellt *P. Liver* in deutlichen Worten fest⁴²:

“Das Civiliter uti ist zu einem *Gebot des gemeinen Rechtes schlechthin* geworden und aus diesem auch in verschiedene unserer früheren kantonalen Civilgesetzbücher übernommen worden.”

Eine allgemeine Formulierung hat das Gebot auch im Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten erfahren, wo zu lesen ist⁴³:

“Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen. Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er *unter mehreren möglichen Arten der Ausübung* seines Rechts diejenige, welche einem andern nachteilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe.”

40 Vgl. zu dieser Voraussetzung oben S. 151/52, Ziff. 1.

41 Vgl. dazu soeben S. 152, vor und in Anm. 39.

42 Vgl. *Liver*, N 43 zu ZGB 737; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

43 Vgl. APLR I 6 §§ 36/37; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden. Die Aussagen dieser Gesetzesstellen, wie z.B. die Verbindung mit einer Schädigungsabsicht, sollen nicht im einzelnen weiter verfolgt werden; im jetzigen Zusammenhang verdienen v.a. die deutliche Betonung verschiedener Ausübungsmöglichkeiten und die Erhebung der jeweiligen Wahl unter ihnen zum rechtserheblichen Beurteilungskriterium Beachtung.

C. Schlussbemerkung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorstellung der schonenden Rechtsausübung sich unter zunehmender Verallgemeinerung ihres Anwendungsbereiches vom römischen Recht bis in die Neuzeit verfolgen lässt, ohne dass sie deshalb mit der Bezeichnung Treu und Glauben ausdrücklich in Verbindung gesetzt worden wäre.

IV. Das gleichbleibende gemeinsame Element: Die Vorstellung von Treu und Glauben

A. Einleitende Bemerkungen

1. Der Ausgangspunkt im heutigen Verständnis von Treu und Glauben

Der Versuch, ein umfassendes Verständnis von all dem, was die Bezeichnung Treu und Glauben beinhaltet, zu ermitteln, ist meines Wissens für die Rechtswissenschaft erst in neuerer Zeit zu einem bedeutenden Anliegen geworden. Für die schweizerische Rechtswissenschaft mag wohl die weitgefasste Positivierung von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB⁴⁴ eine der wichtigsten Ursachen dafür gewesen sein. Diese umfassende Positivierung hat zur Zeit des Erlasses des ZGB "in der Fachliteratur zunächst zahlreiche Einwendungen"⁴⁵ hervorgerufen und "die schweizerische Rechtsliteratur" hat sich "gegenüber Art. 2 überwiegend ablehnend verhalten"⁴⁶. Das muss die Diskussion über Gehalt und Bedeutung der Vorstellung von Treu und Glauben ausserordentlich stark angeregt haben. In deren Verlauf kamen die Vorbehalte gegenüber der Bestimmung von Treu und Glauben alsbald zum Verstummen. Damit einhergehend setzte sich ein immer umfassenderes Verständnis von Treu und Glauben durch⁴⁷.

44 Dermassen weit umschriebene Positivierung von Treu und Glauben und dessen Stellung in den Einleitungsbestimmungen eines ganzen Kodexes, die "das ausschliessliche Werk von Eugen Huber zu sein" (vgl. Merz, N 16 zu ZGB 2) scheinen, waren – was nach sieben Jahrzehnten der Angewöhnung nicht vergessen werden darf – zu Anfang unseres Jahrhunderts eine überragende gesetzgeberische Leistung und bleiben es auch bei einem Rückblick im letzten Viertel des Jahrhunderts.

45 Vgl. Bürgi, S. 118.

46 Vgl. Egger, N 6 zu ZGB 2; vgl. ferner zu den Uneinigkeiten über die Tragweite von Treu und Glauben zu jener Zeit die Hinweise bei Reichel, S. 10, sowie bei Bürgi, S. 118/19, Anm. 2.

47 Als äusserliches Indiz dafür beachte man etwa den ständig zunehmenden Umfang der Kommentare zu Art. 2 ZGB: Reichel, 1911, 3 Seiten; Gmür, 1919, 8 Seiten; Egger, 1930, 17 Seiten; Merz, 1962, 168 Seiten.

Genau diese Gesamterfassung der Vorstellungen, die *heute* zu Recht mit Treu und Glauben in Verbindung gebracht werden, rechtfertigt es m.E. auch, die Wurzeln des heutigen Verständnisses der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht mehr nur im Vertragsrecht und der bona fides zu suchen, sondern die sachenrechtliche Komponente der schonenden Rechtsausübung in die historische Rückschau mit einzubeziehen⁴⁸. Zur Untermauerung dieser Ansicht sei noch auf die folgenden Worte von P. Liver hingewiesen, geäußert zur Frage, ob es im heutigen schweizerischen Recht für alle Arten von Dienstbarkeiten geltende Vorschriften gebe⁴⁹:

“Als solche Regel könnte etwa der Grundsatz des Art. 737, dass das Recht ‘in möglichst schonender Weise auszuüben sei’, angeführt werden, der aber *als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips (Art. 2 ZGB)* auf jedes, auch das obligatorische und das durch Gesetz begründete Recht zum Gebrauch einer fremden Sache Anwendung findet.”

2. Der weitere Weg zum Grundgedanken von Treu und Glauben

Es soll nunmehr versucht werden, das gleichbleibende und gemeinsame Element, das in der sachenrechtlichen *und* der kontraktrechtlichen Wurzel des heutigen Verständnisses von Treu und Glauben enthalten ist, in Kürze darzustellen. Dabei werden vorerst einige wichtige Verschiedenheiten aufgezählt werden⁵⁰, um im Anschluss daran die grundlegenden Verwandtschaften zu nennen⁵¹.

48 In diesem Sinne schon oben S. 148, lit. B.; zur Darstellung von Treu und Glauben im Vertragsrecht oben S. 148 ff., Ziff. II.; zur Behandlung des Gebotes der schonenden Rechtsausübung oben S. 151 ff., Ziff. III.

49 Vgl. Liver, N 57 der Einleitung zum Kommentar der Dienstbarkeiten und Grundlasten; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

50 Vgl. dazu sogleich S. 156, Ziff. 1.

51 Vgl. dazu unten S. 156 ff., Ziff. 2.

B. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der vertrags- und der sachenrechtlichen Herkunft des heutigen Verständnisses von Treu und Glauben; der Grundgedanke

1. Die Hauptunterschiede der beiden Entwicklungslinien

Der wichtigste Unterschied zwischen den beiden behandelten Schwerpunkten der rechtsgeschichtlichen Entwicklung liegt in den *verschiedenen Sachbereichen*, denen sie entstammen: Zum einen sind die heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen im Vertragsrecht gewachsen⁵², zum andern sind sie im Sachenrecht entstanden⁵³. Die Vorstellungen von Treu und Glauben, die heutiger Auffassung entsprechen, haben sich also in zwei ganz verschiedenen Sachbereichen des Rechts entwickelt. Ob und inwieweit die beiden Entwicklungslinien zu verschiedenen Zeiten mit der Bezeichnung Treu und Glauben in Verbindung gebracht worden sind, soll nicht weiter verfolgt werden. Das hat seinen Grund darin, dass der heutige Erkenntnisstand über den Inhalt von Treu und Glauben den Ausgangspunkt des historischen Rückblickes auf die damit verbundenen Grundgedanken abgegeben hat⁵⁴.

Mit der soeben erwähnten Verschiedenheit hinsichtlich der Sachbereiche hängt die weitere zusammen, dass die Bezeichnungen *bona fides* und *Treue* auf der einen Seite und schonende Rechtsausübung oder *civiliter uti* auf der anderen Seite sehr wenig Gemeinsamkeit verraten und in rein sprachlicher Betrachtung in ganz verschieden intensiver Verwandtschaft mit der Wortkombination Treu und Glauben zu stehen scheinen. Diese Verschiedenheit verkehrt sich aber m.E. sehr schnell in eigentliche Gemeinsamkeit der beiden Entwicklungslinien; darauf wird sogleich näher eingetreten⁵⁵.

2. Die wichtigsten Gemeinsamkeiten der beiden Entwicklungslinien

a) Keine sprachlichen Übereinstimmungen mit der Wortgruppe "Treu und Glauben"

Weder bei der Verwendung der Vorstellungen von Treu und Glauben im Vertragsrecht noch bei seinem Gebrauch im Sachenrecht drängen die sprachlichen Mittel, die dabei in früheren Zeiten eingesetzt worden sind, eine Übereinstimmung

52 Vgl. dazu oben S. 148 ff., Ziff. II.

53 Vgl. dazu oben S. 151 ff., Ziff. III., bes. S. 152, Ziff. 2.

54 Vgl. dazu oben S. 147, lit. A.; ferner oben S. 154/55, Ziff. 1.

55 Vgl. dazu sogleich S. 156/57, lit. a.

der Gedanken mit der heutigen Bezeichnung Treu und Glauben geradezu auf. Die Übereinstimmungen offenbaren sich erst, wenn hinter den Namen die Sinngehalte verglichen werden⁵⁶.

Der Ausdruck bona fides lässt sich zwar einerseits als die gute Treue übersetzen⁵⁷; anderseits lässt er sich aber auch mit der "Wortverbindung 'guter Glaube'"⁵⁸ verdeutschen. Das hängt damit zusammen, dass die begriffliche Trennung von gutem Glauben und Treu und Glauben eine Errungenschaft der neuesten Zeit ist⁵⁹. Auch der Treuegedanke⁶⁰ vermag als sprachlicher Terminus die Objektivierung der redlichen Gesinnung⁶¹, die im heutigen Verständnis von Treu und Glauben enthalten ist, nicht vollkommen wiederzugeben. Obwohl die aus dem Vertragsrecht stammenden Bezeichnungen auf den ersten Blick grosse sprachliche Verwandtschaften mit dem Ausdruck Treu und Glauben aufzuweisen scheinen, entsprechen sie demnach nicht dem heutigen sprachlichen Verständnis der Wortgruppe Treu und Glauben oder sind gar durchaus zweideutig.

Dass die Termini vom civiliter uti oder von der schonenden Rechtsausübung als Sprachgebilde überhaupt nicht an den Ausdruck Treu und Glauben erinnern, leuchtet ohne weitere Ausführungen ein.

Die ganze Wortwahl, die im Laufe der Geschichte und auf dem Wege der beiden behandelten Entwicklungslinien von Treu und Glauben jeweils üblich geworden ist, lässt daher *keine* klaren *sprachlichen Übereinstimmungen* mit dem heutigen Verständnis der geschlossenen Wortgruppe Treu und Glauben erkennen. Es ist eine eigentliche Gemeinsamkeit der beiden erörterten Aspekte der historischen Herkunft der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen, rein sprachlich nicht mit dem Terminus Treu und Glauben selbst zur Deckung gebracht werden zu können⁶².

56 Vgl. dazu unten S. 158/59, lit. b. Vgl. allgemein zur Möglichkeit des Auseinanderklaffens von sprachlichem Sinn und Gedankeninhalt auch Meier-Hayoz, N 132 ff. zu ZGB 1, bes. N 134 daselbst; ferner hinsichtlich der Unterschiede zwischen Begriff (als Gedankeninhalt) und sprachlichem Ausdruck Ott, S. 105, Anm. 395; S. 124 ff., lit. b2; S. 128, lit. c3, sowie S. 140, Anm. 473.

57 Vgl. zu diesem Verständnis des römischrechtlichen Fachausdruckes schon oben S. 148, vor Anm. 10.

58 Vgl. Jäggi, N 16 zu ZGB 3.

59 Vgl. dazu schon den Hinweis oben S. 150, nach Anm. 25; ferner Merz, N 12 zu ZGB 2, sowie Jäggi, N 24 und 49 zu ZGB 3.

60 Vgl. dazu oben S. 150, lit. B.

61 Vgl. dazu sogleich S. 158/59, lit. b.

62 Vgl. dazu, dass es sich dabei nicht um eine Verschiedenheit, sondern eine Gemeinsamkeit der beiden behandelten Ursprünge der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen handelt, auch noch oben S. 156, nach Anm. 54.

*b) Das gleichbleibende und gemeinsame gedankliche Element;
der Grundgedanke von Treu und Glauben*

W. Bürgi hebt hervor, der Schöpfer des ZGB habe mittels der Positivierung von Treu und Glauben vorrangig der "Anerkennung der natürlichen Gegenseitigkeit" der Menschen "beim Abschluss und bei der Durchführung von Rechtsgeschäften"⁶³ Nachdruck verleihen wollen. Doch hören wir dazu E. Hubers eigene Worte⁶⁴:

"Vielmehr hat die Gesetzgebung den Menschen so aufzufassen, wie er harmonisch in die Gemeinschaft eingefügt werden kann ... Daraus ergibt sich das Postulat des Handelns nach *Treu und Glauben*, daraus die Umschreibung der Diligenz, die das eine Individuum den anderen schuldig ist."

Diese Sätze vermitteln nach der hier vertretenen Terminologie allgemeinste Rechtsgedanken⁶⁵, die in dieser Eigenschaft zur Erklärung des geltenden Rechts beizutragen vermögen⁶⁶. Im vorliegenden Zusammenhang zeigen sie m.E. deutlich, dass der geistige Vater der Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 ZGB Treu und Glauben in umfassendstem Sinne verstanden wissen wollte⁶⁷.

Das eigentlich gemeinsame gedankliche Element beider historischen Wurzeln von Treu und Glauben, die erörtert worden sind, liegt daher im Hinweis auf ein gewisses grundlegendes "*Vertrauselement*"⁶⁸, das die Rechtsbeziehungen der Rechtsunterworfenen beherrschen soll. Die "*berechtigten Erwartungen*"⁶⁹ der Beteiligten dürfen nicht enttäuscht werden. Der "gegenseitigen Verbindung"⁷⁰ in den Rechtsbeziehungen soll der redliche Tribut gezollt werden. Das "*Leitmotiv des Vertrauens*"⁷¹, "der Gedanke des *gegenseitigen Vertrauens*"⁷² — sie beide bringen "die Forderung *wechselseitiger Rücksichtnahme*"⁷³, welche Treu und Glauben von und gegenüber allen Beteiligten erhebt, zum Ausdruck.

Dieser *Grundgedanke* legt ein Band gleichbleibender Gemeinsamkeit um die Herkunft von Treu und Glauben resp. der damit heute verbundenen Vorstellungen

63 Vgl. Bürgi, S. 113.

64 Vgl. Huber, S. 295/96; die Hervorhebung entspricht nicht derjenigen des Originals und ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

65 Vgl. dazu oben S. 11 ff., Ziff. 2., sowie S. 13/4, Ziff. 3.

66 In diesem Sinne schon oben S. 13, Anm. 48.

67 In diesem Sinne sind wohl auch die folgenden Worte von Huber, Erl. I, S. 28, über Treu und Glauben zu verstehen: "Wenngleich der Hauptsitz dieser Regel der Natur der Sache nach im Obligationenrecht zu suchen ist, so zeigen sich zahlreiche Anwendungen doch auch in den andern Rechtsgebieten."

68 Vgl. Egger, N 2 zu ZGB 2.

69 Vgl. Egger, N 2 zu ZGB 2.

70 Vgl. Schluep, Diss., S. 311.

71 Vgl. Merz, N 17 zu ZGB 2.

72 Vgl. Merz, N 17 zu ZGB 2.

73 Vgl. Merz, N 17 zu ZGB 2.

aus dem Vertragsrecht und aus dem sachenrechtlichen Schonungsgebot. Allemaal stehen sich zwei oder mehrere Beteiligte gegenüber und *jeder* von ihnen *soll* eben *für sich allein* genommen eine gewisse *Redlichkeit des Handelns* walten lassen und erwarten dürfen, dass von den andern entsprechend dieser gewissen *Loyalität* vorgegangen wird. Nur dann sind die jeweiligen Vertrauenslagen in rechtserheblicher Weise berechtigt. Dann ist aber auch sichergestellt, dass die bona fides – oder wie immer die Bezeichnung lauten mag – das Vertragsrecht beherrscht; auf dieser gleichen Basis entfaltet sodann auch das Gebot der schonenden Rechtsausübung im Sachenrecht und darüber hinaus seine volle Kraft. Diese Vorstellungen, die ihren gedanklichen, einenden Mittelpunkt im Grundgedanken von Treu und Glauben haben, vermögen dann in weitere Rechtsbereiche auszustrahlen⁷⁴.

V. Resultate

Beiden historischen Wurzeln der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen – derjenigen im Vertragsrecht wie jener im Sachenrecht – liegt gemeinsam und unausgesprochen die Idee einer gewissen Loyalität oder gleichbedeutend einer gewissen Redlichkeit jeder Rechtshandhabung zugrunde. Von einer gewissen Redlichkeit muss gesprochen werden, weil deren Ausmass nicht ein für allemal festgelegt werden kann. Immer ist nur das jeweils berechnete Mass an Vertrauen im Sinne einer gewissen ethischen Grundbindung von Treu und Glauben erfasst, gefordert und gedeckt.

74 Vgl. dazu ausführlicher unten S. 212 ff., Ziff. 4., sowie S. 215 ff., Ziff. 5.; sodann S. 221/22, Ziff. 6.; ferner S. 233, lit. e.

§ 14

ZUR HERKUNFT DER HEUTE MIT DEM RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT VERBUNDENEN VORSTELLUNGEN UND IHREM GRUNDGEDANKEN

I. Vorbemerkungen

A. Allgemeines

Auch hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes soll ein kurzer Überblick zu den historischen Entwicklungsphasen genügen¹. Wichtigstes Ziel bleibt dabei, die Ergebnisse dieser Rückschau jenen der Darstellung der historischen Herkunft von Treu und Glauben² gegenüberzustellen, um daraus eine m.E. bedeutsame Folgerung zu ziehen³. Ausgangspunkt der Betrachtungen bildet wiederum das *heutige Verständnis* des Verbotes des Rechtsmissbrauchs in seinem gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB sehr umfassenden Sinne⁴. Von dieser Warte aus soll der historische Rückblick erfolgen⁵. Dabei zeigt sich bald, dass die Vorstellung vom Rechtsmissbrauch ausschliesslich in einem engeren Sinne bekannt war, als sie später in Art. 2 Abs. 2 ZGB formuliert worden ist, und dass keine generellen Gedanken verbotener Rechtshandhabung aufzukommen vermochten⁶. Die wichtigste Ursache dafür ist verständlich und kann vorweggenommen werden: Was Recht ist und in den Formen des Rechts gesichert ist, soll Recht bleiben und nicht plötzlich Unrecht sein⁷. Diese Forderung hängt zutiefst mit einem der als konstitutiv für jede Rechtsordnung erkannten Elemente, dem Verlangen nach Rechtssicherheit, zusammen⁸. Dass alte Rechtskulturen dem Bedürfnis nach möglichst förmlicher Sicherheit der Rechtsbeziehungen grosse

1 Im gleichen Sinne schon bezüglich der historischen Herkunft von Treu und Glauben oben S. 147, lit. A.

2 Im gleichen Sinne schon bezüglich der historischen Herkunft von Treu und Glauben oben S. 147, lit. A.

3 Vgl. dazu unten S. 171/72, lit. B., sowie auch S. 172, Ziff. IV.

4 Im gleichen Sinne schon bezüglich der Herkunft von Treu und Glauben oben S. 147, lit. A.

5 Die Rückschau geschieht demnach in dogmatischer Weise vom heutigen Standpunkt des geltenden Rechts aus und nicht auf dem Wege einer eigentlich historischen Methode.

6 Vgl. dazu unten S. 167, Ziff. IV., sowie S. 168, Ziff. V.

7 Vgl. dazu auch die Hinweise bei Merz, N 13 zu ZGB 2, sowie Deschenaux, S. 146, Ziff. III., bezüglich des inneren Widerspruches, der bei erster Betrachtung schon in der Bezeichnung Rechtsmissbrauch selbst zum Ausdruck komme, indem missbraucht wird, was selber Recht sein soll.

8 Vgl. zur Rechtssicherheit als konstitutivem Element der Rechtsordnung oben S. 51, Ziff. 2.

Bedeutung beigemessen haben, ist bekannt⁹; welch überragende Bedeutung dem Element der Rechtssicherheit auch im Rahmen der heutigen Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch zubilligt werden muss, wird an anderer Stelle besonders zu beachten sein¹⁰.

B. Die besonders beleuchteten Aspekte

Auf einige Bemerkungen zu den Vorstellungen von Rechtsmissbräuchlichkeit im römischen Recht¹¹ und einige Worte zur mittelalterlichen und späteren Entwicklung¹² wird eine Würdigung dieser Entwicklungen im Lichte heutigen Verständnisses vom Rechtsmissbrauch folgen¹³.

II. Zu den Gedanken vom Rechtsmissbrauch im römischen Recht

A. Eine kurze Bestandsaufnahme

1. Der zögernde und fallweise Beginn

Die Freiheit der Ausübung eines Rechts, das man einmal formgerecht innehatte, galt den Römern vorerst beinahe unverrückbar¹⁴. „Der Grundsatz ‘pacta sunt servanda’ war zu mächtig, um eine allgemeingültige Verweigerung des Rechtsschutzes bei missbräuchlicher Rechtsanwendung zu erlauben“¹⁵. Dennoch wurde allmählich und „nur von Fall zu Fall“¹⁶ die Rechtsausübung missbilligt, die „keinen Nutzen bringt, aber andere schädigt“¹⁷. Als Mittel zur Durchsetzung dieser Miss-

9 Als willkürlich herausgegriffene Beispiele seien etwa der strenge ältere Legisaktionenprozess der Römer oder die Bedeutung förmlicher Eide im germanischen Recht in Erinnerung gerufen; vgl. zum erstgenannten Beispiel ausführlicher Sohm/Mitteis/Wenger, S. 649 ff., bes. S. 661.

10 Vgl. dazu unten S. 331/32, lit. c; sodann S. 335 ff., lit. C., bes. S. 343 ff., Ziff. 4.; ferner auch noch S. 355 ff., Ziff. II.

11 Vgl. dazu sogleich S. 161/62, Ziff. II.

12 Vgl. dazu unten S. 163 ff., Ziff. III.

13 Vgl. dazu unten S. 167, Ziff. IV., sowie S. 168, Ziff. V.

14 Vgl. dazu auch die Hinweise oben S. 160/61, nach Anm. 6, sowie S. 161, Anm. 9.

15 Vgl. Bürgi, S. 103.

16 Vgl. Kaser, S. 32, Ziff. IV.

17 Vgl. Kaser, S. 32, Ziff. IV.

billigung vermochte verschiedentlich wiederum die prozessuale Figur der *exceptio doli* im Sinne einer eigentlichen Arglisteinrede zu dienen¹⁸.

2. Die Erweiterung zum allgemeinen Verbot

“Der – zum allgemeinen Rechtsgrundsatz erhobenen – *exceptio doli specialis*”¹⁹ bedienten sich die Römer später unter anderem auch, um nutzloser und zugleich andere schädigender Rechtshandhabung ganz allgemein entgegenzutreten. Eine Verallgemeinerung des Verbotes fand zwar statt²⁰, es wurde aber immer an den genannten Voraussetzungen festgehalten, die den Tatbestand und die Einrede der Arglist zu begründen vermochten.

B. Der Grundgedanke römischrechtlicher Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch

Die Freiheit der Ausübung förmlich erworbenen Rechts war und blieb für die Römer der Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung. Dennoch entwickelten sie ein allgemeines Missbrauchsverbot, welches aber auf die Fälle *nutzloser und zugleich andere schädigender* Benutzung von Rechten begrenzt geblieben ist.

18 Vgl. dazu etwa Sohm/Mitteis/Wenger, S. 221/22, lit. b. Im Sinne einer erst später entstandenen Differenzierung wurde also vorerst fallweise die *exceptio doli specialis* ab und zu zugelassen; vgl. zur späteren Unterscheidung von *exceptio doli generalis* und *exceptio doli specialis* schon oben S. 149, nach Anm. 17 sowie in Anm. 19; zudem auch Kaser, S. 32, Ziff. IV.

19 Vgl. Merz, N 407 zu ZGB 2.

20 Vgl. dazu auch Merz, N 13 zu ZGB 2, sowie Kaser, S. 32, Ziff. IV., mit Hinweisen auf lateinische Originaltextstellen.

III. Zu den Gedanken vom Rechtsmissbrauch im Mittelalter und in der späteren Entwicklung

A. Die mittelalterliche Entwicklung

1. Eine kurze Bestandesaufnahme

Die "Frage nach den Schranken der Rechtsausübung"²¹ wurde zu einem wichtigen Anliegen der Juristen des Mittelalters. Das lässt sich auch den folgenden Worten von W. Bürgi entnehmen²²:

"Ein Rest des sozialen Geistes, welcher im Mittelalter das ganze Gebiet des Personen-, Erb- und Sachenrechtes beherrscht hatte, ist erhalten geblieben und äusserte sich sowohl in der Missbilligung des Rechtsmissbrauches als auch z.B. in der Forderung nach sachgemässer Nutzung von landwirtschaftlichem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft."

Der "Tatbestand der *Schikane*"²³, der auch den römischrechtlichen Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch zugrunde gelegen hatte²⁴, wurde im Mittelalter zu einer "Theorie der *aemulatio*"^{25,26} verfestigt. Das soeben im Kontext angeführte Zitat lässt schon erahnen, dass der Schwerpunkt der Vorstellungen dieser mittelalterlichen Theorie im *Sachenrecht* lag. Man kann daher – um mit den Worten von H. Merz zu sprechen – vom Schikaneverbot als einem Verbot der Rechtsmissbräuchlichkeit sagen²⁷:

"Schulbeispiel ist der Neidbau, und bis in die Neuzeit bleibt das Immobiliarsachenrecht die eigentliche Domäne des Rechtsmissbrauchs (...)."

Man vermag sich sehr wohl vorzustellen, dass besonders im Verhältnis unter Nachbarn die "böswillig bereitete Schwierigkeit"²⁸ zu allen Zeiten, sofern die Menschen nur sesshaft geworden sind, ihre Aktualität gehabt hat und behält.

21 Vgl. Merz, N 11 zu ZGB 2.

22 Vgl. Bürgi, S. 67, unter Hinweis auf Gierke.

23 Vgl. Merz, N 14 zu ZGB 2.

24 Nämlich die nutzlose Rechtsausübung in Schädigungsabsicht; vgl. dazu oben S. 161/62, Ziff. II., bes. S. 162, lit. B.

25 Vgl. Merz, N 14 zu ZGB 2; vgl. ferner zur *aemulatio* auch Bürgi, S. 130/31.

26 Den Begriff der *aemulatio* wird man etwa mit den Bezeichnungen Nacheiferung, Wettstreit, aber auch mit Rivalität oder Eifersucht übersetzen dürfen; vgl. dazu Langenscheidt unter dem entsprechenden Stichwort.

27 Vgl. Merz, N 14 zu ZGB 2.

28 Vgl. zu dieser Umschreibung Der Neue Brockhaus sowie Der Grosse Duden (beide zit. S. 23, Anm. 110) unter dem Stichwort Schikane.

2. Der Grundgedanke mittelalterlicher Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch

Es war ebenfalls die Rechtsausübung in Schädigungsabsicht und ohne Interesse oder mit nur geringem eigenem Interesse daran, welche die mittelalterlichen Vorstellungen von dem, was wir heute Rechtsmissbrauch nennen, kennzeichnete²⁹. Neu hinzu kam lediglich eine weitgehende Einengung auf das Grundstücksrecht³⁰.

B. Die spätere Entwicklung

1. Eine kurze Bestandesaufnahme

a) Gesetzliche Fixierungen des Schikaneverbotes

“In verschiedenen Partikularrechten”³¹ wurden die Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch in Form von Schikaneverböten niedergeschrieben. Beinahe immer geschah das im Immobiliarsachenrecht und es ging meist um die Rechtsausübung des Grundeigentümers.

Auch “einzelne kantonale Gesetzgebungen”³² haben ein solches Schikaneverbot enthalten. So finden sich im Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1855 etwa die folgenden Anordnungen³³:

“Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbars unangenehm affiziert, berechtigt noch nicht zur Einsprache.

Nur wenn dieselbe im Übermass oder *lediglich um den Nachbarn zu ärgern* geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder *böswillige* Benutzung die polizeiliche und nöthigenfalls die gerichtliche Hülfe anrufen.”

Die gleichen Vorschriften sind in das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1887 praktisch wörtlich übernommen worden³⁴.

29 Vgl. dazu auch Merz, N 14 zu ZGB 2; ferner Deschenaux, S. 144, Ziff. I.

30 In diesem Sinne wohl auch Reichel, S. 11 a.A.

31 Vgl. Merz, N 14 zu ZGB 2, unter Bezugnahme auf APLR Einl. § 107 und I 8 §§ 27/28.

32 Vgl. Deschenaux, S. 144, Ziff. I.

33 Vgl. die §§ 618/19 dieses Gesetzes, das in OS 11, S. 1 ff., abgedruckt ist; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

34 Sie wurden in einem einzigen Paragraphen vereinigt und um einen Vorbehalt der städtischen Bauordnung ergänzt; vgl. § 189 dieses Gesetzes, das in OS 21, S. 409 ff., abgedruckt ist.

Auch noch der Vorentwurf zum ZGB von 1900 enthielt in Art. 644³⁵ den folgenden zweiten Absatz über das Verhältnis des Eigentümers zur Sache³⁶:

“Er kann von ihr jeglichen Gebrauch machen, der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, Andern Schaden zuzufügen.”

Auch die Verfasser des deutschen BGB gingen bei der Fixierung von § 226 offenbar noch von den dargestellten Wurzeln des Schikaneverbotes aus³⁷.

b) Die Vorstellung vom Schikaneverbot in älteren schweizerischen Gerichtsurteilen

Gedankliche Verbindungen mit dem Verbot der Schikane, dem Verbot der böswillig bereiteten Schwierigkeit, trifft man auch bei der Lektüre älterer Entscheide von Gerichten noch hie und da an. Um die kurze Bestandesaufnahme abzurunden, sei auf einige von ihnen hingewiesen.

Im Jahre 1912 musste im Kanton Zürich eine Baueinsprache beurteilt werden, in der behauptet wurde, in einer projektierten Dachkonstruktion liege “eine schikanöse Überschreitung des Eigentumsrechtes” und “eine schikanöse Beeinträchtigung der Nachbargrundstücke”³⁸. Der betreffende Rekurs wurde unter anderem deshalb abgelehnt, weil nicht genügend vorgebracht worden sei, damit angenommen werden könne, “dass es sich um einen Neidbau handle”. Es wurde ferner ausdrücklich darauf abgestellt, dass “die Schikane der einzige Zweck” sein müsste, damit ein mangelndes Interesse der Bauherrschaft angenommen und folglich ein Neidbau bejaht werden könnte^{39,40}. Hinsichtlich der Berufung auf ein vertraglich eingeräumtes Konkurrenzverbot und der dagegen erhobenen Einrede des Rechtsmissbrauchs stellte das Obergericht des Kantons Zürich im Jahre 1916 folgende Überlegung an⁴¹:

“Wenn sich jemand für sich oder seinen Rechtsnachfolger ein vertragliches Konkurrenzverbot hat einräumen lassen, so kann dem Berechtigten der gerichtliche Schutz desselben jedenfalls nur

35 Dieser Artikel des Vorentwurfes entspricht dem heutigen Art. 642 ZGB.

36 Freilich war jetzt schon die Rechtsausübung eines jeden Eigentümers und nicht nur die des Grundeigentümers erfasst.

37 § 226 BGB lautet unter dem Titel “Schikaneverbot”: “Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.” Immerhin befindet sich dieser Paragraph im allgemeinen Teil des BGB, weshalb er wohl über das Sachenrecht hinaus jegliche Rechtsausübung erfasst.

38 Vgl. BIZR 12 (1913) Nr. 160.

39 Vgl. die verschiedenen wörtlich wiedergegebenen Formulierungen in dem in Anm. 38 genannten Entscheid.

40 Vgl. ferner zu diesem Urteil auch Merz, N 349 zu ZGB 2.

41 Vgl. BIZR 16 (1917) Nr. 138, S. 232; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

dann versagt werden, wenn das Recht *ausschliesslich aus Schikane und ohne jedes materielle Interesse* geltend gemacht wird.”

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor und die Einrede des Rechtsmissbrauches wurde abgewiesen⁴². Auch in BIZR 23 (1924) Nr. 127 zeigte sich das zürcherische Obergericht noch fest den historischen Ursprüngen des Rechtsmissbrauchsverbotes verpflichtet, als es unter Bezugnahme auf § 226 BGB⁴³ ausführte, dass für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB “ein gewisses doloses oder doch wenigstens chikanöses Verhalten vorausgesetzt”⁴⁴ sei. Auch noch in einem Urteil aus dem Jahre 1941 machte das zürcherische Obergericht die Bejahung eines Rechtsmissbrauches vom Gedanken abhängig, ob eine “schikanöse Ausbeutung eigenen Rechtes” angenommen werden müsse^{45,46}.

Das Bundesgericht schliesslich brachte die Vorstellung vom Schikaneverbot ebenfalls unmittelbar mit dem Rechtsmissbrauchsverbot in Verbindung, als es etwa im Jahre 1938 im Urteil BGE 64 II 344 zur folgenden Feststellung gelangte⁴⁷:

“L’attitude des défendeurs ne tomberait sous le coup de l’art. 2 CC que s’ils avaient agi dans un *esprit de chicane, sans avoir d’intérêt à la source; ...*”

Abschliessend darf festgehalten werden, dass in den Urteilen der Gerichte im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot die Gedanken eines Schikaneverbotes auch nach Erlass des ZGB noch etliche Jahre nachgewirkt haben.

2. Der Grundgedanke der späteren Vorstellungen vom Rechtsmissbrauch

Sowohl in den gesetzlichen Fixierungen der jüngeren Vergangenheit⁴⁸ als auch in den gesichteten älteren Urteilen⁴⁹ ist der Rechtsmissbrauch auf ein Schikaneverbot im Sinne interesseloser Rechtsausübung in Schädigungsabsicht beschränkt geblieben und ist zudem mehrheitlich im Sachenrecht zur Anwendung gelangt.

42 Das Bundesgericht, an welches die Sache weitergezogen wurde, bestätigte den obergerichtlichen Entscheid im wesentlichen; vgl. ferner zu diesem Urteil auch Merz, N 383, Mitte, zu ZGB 2.

43 Vgl. die Wiedergabe des Wortlautes von § 226 BGB oben S. 165, Anm. 37.

44 Vgl. S. 214 des angeführten Urteils; vgl. ferner zu diesem Urteil auch Merz, N 410 zu ZGB 2.

45 Vgl. BIZR 42 (1943) Nr. 48, S. 165.

46 Vgl. zu diesem Urteil auch Merz, N 528 zu ZGB 2.

47 Der Streit ging damals um unterirdische Wasservorkommen; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

48 Vgl. dazu oben S. 164/65, lit. a.

49 Vgl. dazu oben S. 165/66, lit. b.

IV. Das gleichbleibende gemeinsame Element in der Entwicklung des Rechtsmissbrauchsverbotes

Schädigungsabsicht bei fehlendem (oder ab und zu bei bloss minimalem) *eigenem Interesse* an der Rechtsausübung ist das Element, welches konstant in jenen Vorstellungen zum Ausdruck kommt, die auf dem Wege der historischen Entwicklung auf das heutige Rechtsmissbrauchsverbot hin verfolgt werden können. Im Vordergrund stand immer ein eigentliches Schikaneverbot. In kurzen und überaus treffenden Worten hat *H. Deschenaux* diese Erkenntnis wie folgt zusammengefasst⁵⁰:

“Das Verbot, vom gemeinen Recht bestätigt, führt auf das römische Recht zurück, welches die Ausübung eines Rechts, ohne dass der Berechtigte ein Interesse daran hätte und lediglich um einem andern zu schaden, missbilligte. ‘Male enim nostro iure uti non debemus’ (*Gaius* 1, 53). Seit dem Mittelalter hat sich die Theorie des Rechtsmissbrauches vornehmlich im Gebiete der dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen entwickelt; ...”

Dem gleichbleibenden gemeinsamen Element steht als einzige Variable der jeweilige Geltungsbereich des Verbotes gegenüber. Zeitweilig gelangte das Schikaneverbot zu umfassender Anerkennung⁵¹, der Grundton lag aber zumeist im Sachenrecht⁵².

50 Vgl. Deschenaux, S. 144, Anm. 1.

51 So etwa im späteren römischen Recht (vgl. dazu oben S. 162, Ziff. 2.) oder in § 226 BGB (vgl. dazu oben S. 165, vor und in Anm. 37).

52 So etwa im Mittelalter (vgl. dazu oben S. 163, Ziff. 1.), in den meisten älteren gesetzlichen Positivierungen (vgl. dazu oben S. 164/65, lit. a) und auch in manchen älteren Gerichtsurteilen, die einer Untersuchung unterzogen worden sind (vgl. dazu oben S. 165/66, lit. b).

V. Resultat: Kein Durchbruch zum eigentlichen Grundgedanken des Rechtsmissbrauchsverbotes in den historischen Entwicklungsabläufen

Über die Verweigerung des Rechtsschutzes gegenüber der Rechtsausübung ohne eigenes Interesse und in Schädigungsabsicht hinaus gelangte keine generelle Vorstellung vom Rechtsmissbrauch und seiner Untersagung zu allgemeiner Anerkennung. Die Furcht, ein solch allgemeines Verbot vermöchte das geltende Recht völlig aufzulösen, mag die gewichtigste Ursache dafür gewesen sein. Der Durchbruch zum grundlegenden Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbotes ist späteren Zeiten vorbehalten geblieben. Den ersten Schritt in diese Richtung hat für das schweizerische Recht *E. Huber* mit der umfassenden Positivierung des Verbotes in Art. 2 Abs. 2 ZGB getan. Damit war der Weg zur Besinnung auf den Grundgedanken des Rechtsmissbrauchsverbotes freigelegt. Den zweiten und entscheidenden Schritt, der den Durchbruch zum richtigen Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbotes brachte, hat m.E. 50 Jahre später *H. Merz* in seiner grossen Kommentierung zu Art. 2 ZGB vollzogen⁵³. Auf den seither erkannten Grundgedanken von Art. 2 Abs. 2 ZGB wird bei der genaueren Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes noch zurückzukommen sein⁵⁴.

53 Vgl. die genaueren Angaben zu diesem Kommentar im Literaturverzeichnis.

54 Vgl. dazu unten S. 325/26, lit. A., sowie S. 326 ff., lit. B., bes. S. 328/29, Ziff. 2.; ferner auch noch S. 355 ff., Ziff. II.

§ 15

FOLGERUNGEN AUS EINER GEGENÜBERSTELLUNG DER HISTORISCHEN URSPRÜNGE DER HEUTE MIT TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT VERBUNDENEN VORSTELLUNGEN

I. Vorbemerkungen

Es ist zu Beginn der Erörterungen über die historische Entwicklung von Treu und Glauben¹ und des Rechtsmissbrauchsverbotes² darauf hingewiesen worden, dass hauptsächliches Ziel des ganzen historischen Prologes eine *Gegenüberstellung* der jeweiligen Ergebnisse sei. Das ermögliche eine gewichtige *Schlussfolgerung* für das weitere Vorgehen. Nach einer kurzen Rekapitulation der wichtigsten Ergebnisse der bisherigen Betrachtungen zu den geschichtlichen Entwicklungslinien von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot³, womit die genannte Konfrontation geschieht, wird daher dieser Schluss zu ziehen sein⁴.

II. Gegenüberstellung der geschichtlichen Entwicklungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

A. Rekapitulation des gemeinsamen Ausgangspunktes

Das *heutige Verständnis* sowohl von Treu und Glauben als auch des Rechtsmissbrauchsverbotes ist Anlass und Ausgangspunkt eines historischen *Rückblickes* gewesen⁵. Der dogmatische Ansatzpunkt ist demnach auch dabei beibehalten worden, und es gelangte daher keine eigentliche rechtsgeschichtliche Methode zur Anwendung⁶. Mit dieser Vorgabe sollen nunmehr die Ergebnisse dieser Rückschau zusammengefasst und miteinander konfrontiert werden.

1 Vgl. dazu oben S. 147, lit. A.

2 Vgl. dazu oben S. 160/61, lit. A.

3 Vgl. dazu sogleich S. 169/70, Ziff. II.

4 Vgl. dazu unten S. 171/72, Ziff. III., bes. S. 171/72, lit. B.

5 Vgl. dazu oben S. 147, lit. A., sowie S. 160/61, lit. A.; ferner auch oben S. 154/55, Ziff. 1.

6 In diesem Sinne schon oben S. 160, Anm. 5.

B. Die Hauptergebnisse des historischen Rückblicks auf die Vorstellungen von Treu und Glauben

Obwohl die verwendeten sprachlichen Mittel keine Übereinstimmung der vertrags- und sachenrechtlichen geschichtlichen Wurzeln mit der geschlossenen Wortgruppe Treu und Glauben eröffnen⁷, zeigt sich ein gleichbleibendes und gemeinsames gedankliches Element in ihnen, sobald man ihren *Sinngehalt* ermittelt⁸. Der *Grundgedanke* der beiden behandelten historischen Entwicklungslinien von Treu und Glauben ist das Gebot, jedermann habe eine gewisse *Redlichkeit* in seinen Rechtsbeziehungen walten zu lassen, die er umgekehrt auch von allen anderen Beteiligten erwarten dürfe. Das ist freilich eine Redlichkeit, die nach den Umständen jeweils noch näher bestimmt werden muss⁹. Dieser gedankliche Kern verbindet die Entwicklungslinien in Vertrags- und Sachenrecht. Insofern wird unter der Bezeichnung Treu und Glauben eine gewisse *ethische Grundbindung* gefordert¹⁰. Die Gedankeninhalte der beiden erörterten historischen Ursprünge lassen sich daher mühelos mit den heutigen Vorstellungen von Treu und Glauben vereinbaren.

C. Die Hauptergebnisse des historischen Rückblicks auf die Vorstellungen vom Rechtsmissbrauchsverbot

Wenn auch der Rückblick auf das Entstehen des Rechtsmissbrauchsverbotes einen kompakteren gedanklichen Inhalt ergibt als jener auf die Entwicklung von Treu und Glauben¹¹, so ist doch der eigentliche Grundgedanke des Verbotes des Rechtsmissbrauchs in der Vergangenheit verborgen geblieben¹². Mit schwankenden Geltungsbereichen wurde von jeher ein *Schikaneverbot* anerkannt. Der Rechtsausübung ohne eigenes Interesse und in der Absicht, andere zu schädigen, wurde von der Zeit der Römer bis heute die Anerkennung versagt¹³. Eine objektive Auffassung des Rechtsmissbrauchsverbotes hat sich erst in jüngster Zeit entwickelt¹⁴.

7 Vgl. dazu oben S. 156/57, lit. a.

8 Vgl. dazu oben S. 158/59, lit. b.

9 In diesem Sinne schon oben S. 159, Ziff. V.; vgl. ausführlicher zu dieser Bestimmungsbedürftigkeit der von Treu und Glauben verlangten Redlichkeit unten S. 181/82, lit. a; ferner ausführlicher zum Ablauf dieser Bestimmung unten S. 267 ff., § 20.

10 Vgl. dazu schon oben S. 159, Ziff. V.

11 Vgl. dazu oben S. 167, Ziff. IV.

12 Vgl. dazu oben S. 168, Ziff. V.

13 Vgl. dazu zusammenfassend oben S. 167, Ziff. IV.

14 Vgl. dazu die Hinweise oben S. 168, Ziff. V.

III. Folgerung aus der Gegenüberstellung der historischen Entwicklungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

A. Der Stand des gegenseitigen Verhältnisses auf der Basis des historischen Rückblickes

Wie sich die Vorstellungen von Treu und Glauben einerseits und des Rechtsmissbrauchsverbotes andererseits auf ganz verschiedenen Bahnen entwickelt haben, bringen sie im historischen Rückblick auch durchaus *verschiedene Grundgedanken* zum Ausdruck¹⁵. In welchem Verhältnis Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch auf dem Hintergrund ihrer historischen Entwicklungen stehen, teilt auch der nachfolgend wiedergegebene Ausschnitt aus einem bundesgerichtlichen Urteil des Jahres 1912 mit¹⁶:

“Es unterliegt denn auch keinem Zweifel (...), dass die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 ZGB, über welche allerdings im Gegensatz zum sog. Schikaneverbot des Art. 2 Abs. 2 in den Materialien des Gesetzes keine Bemerkung zu finden ist, auf den, schon im gemeinen Recht mehr oder weniger allgemein anerkannten Grundsatz zurückgeht, wonach alle zivilrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen so auszulegen sind, wie Treu und Glauben im Verkehr es erfordern, — ...”

Einem Schikaneverbot auf der einen Seite steht — an sich völlig unabhängig — das Loyalitätsgebot auf der anderen Seite gegenüber, sofern man auf die historischen Wurzeln der beiden Absätze von Art. 2 ZGB abstellt. In dem angeführten Urteilsausschnitt sind noch die historischen Wurzeln für eine Unterscheidung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB ausschlaggebend gewesen.

B. Folgerung: Der historische Rückblick als Indiz für grundlegende Verschiedenheit der beiden Absätze von Art. 2 ZGB

Auf der Basis ihrer historischen Entwicklung betrachtet sind Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot zwei ganz verschiedene Dinge¹⁷. Daran lässt sich eine m.E. bedeutende *Schlussfolgerung* zum Verhältnis der beiden Absätze von Art. 2 ZGB anschliessen, indem nämlich die genannte historische Verschiedenheit Anlass dazu gibt, in den beiden Bestimmungen des Art. 2 ZGB *fundamental verschiedene*

15 Vgl. dazu die Rekapitulation soeben S. 170, lit. B. und C.

16 Vgl. BGE 38 II 463.

17 Vgl. dazu soeben S. 171, lit. A.

Aussagen zu vermuten, die ein an sich voneinander völlig unabhängiges Dasein führen. Nur vermuten lässt sich dies, weil das Verbot des Rechtsmissbrauchs im Laufe der geschichtlichen Entwicklung des Schikaneverbotes weder in seinem Grundgedanken noch in seiner Tragweite endgültig erkannt worden ist und der Durchbruch zu seinem eigentlichen Kern erst in jüngster Zeit vollzogen worden ist¹⁸. Erst nach einer eingehenden Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes gemäss dem heutigen Verständnis seiner Aussage¹⁹ wird sich die Vermutung bestätigen oder eben widerlegt werden²⁰. Dennoch dürfen die Ergebnisse der Überlegungen zu den historischen Ursprüngen der Grundgedanken und Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB als *Indiz* für eine grundlegende Verschiedenheit und *für* eine völlige *Unabhängigkeit von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch* gewertet werden²¹.

IV. Resultate

Die Gegenüberstellung der Entwicklungen von Treu und Glauben einerseits und des Rechtsmissbrauchsverbotes andererseits offenbart zwei voneinander unabhängige und selbständige Entstehungslinien. Dementsprechend stehen sich auch ganz verschiedene gedankliche Gehalte gegenüber, die ebenfalls für voneinander unabhängig und jeweils selbständig zu erachten sind.

Der Rückblick auf die historische Herkunft der beiden Aussagen von Art. 2 ZGB in seinen beiden Absätzen hat daher den Stellenwert eines Indizes für eine fundamentale Verschiedenheit der Vorstellungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot. Die Ergebnisse dieser Rückschau vermögen aber noch keinen schlüssigen Beweis dieser Verschiedenheit zu erbringen. Das liegt daran, dass zwar der Grundgedanke von Art. 2 Abs. 1 ZGB in den historischen Entwicklungen verwirklicht gefunden werden konnte, dagegen nicht die heute mit Art. 2 Abs. 2 ZGB verbundenen Vorstellungen. Erst wenn der gedankliche Inhalt des Rechtsmissbrauchsverbotes losgelöst von den historisch bedingten Bindungen an ein Schikaneverbot ermittelt ist, kann über die Gleichheit oder die Verschiedenheit der Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB mehr gesagt werden.

18 Vgl. dazu oben S. 168, Ziff. V.

19 Vgl. dazu ausführlich unten S. 313 ff., § 23, sowie S. 355 ff., § 24.

20 Vgl. dazu unten S. 333/34, Ziff. 5., sowie auch S. 407 ff., 4. Abschnitt.

21 In diesem Sinne auch zusammenfassend Merz, N 15 a.A. zu ZGB 2: "Nach seiner *Entstehungsgeschichte* ist Art. 2 nicht als einheitliche Norm und nicht als Ausfluss eines einzigen Gedankens konzipiert worden."

2. KAPITEL

DIE GRUNDSATZQUALITÄT VON TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT

§ 16

TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT ALS PRINZIPIEN DES RECHTS

I. Vorbemerkungen

A. Allgemeines

Die Prinzipienqualität des Gebotes von Treu und Glauben wird in Lehre¹ und Rechtsprechung² im allgemeinen anerkannt und offenbar vorausgesetzt. Hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes scheint die Frage nach einer denkbaren Grundsatzqualität weniger gestellt zu werden³. Erörterungen zu kennzeichnenden Ele-

1 Als Beispiele aus der Lehre seien anstelle vieler nur die folgenden, stillschweigend eine Grundsatzqualität von Treu und Glauben annehmenden Wendungen erwähnt: Reichel, S. 9 ("Prinzip", "Grundsatz von Treu und Glauben"); Gmür, N 1a zu ZGB 2 ("... durch den Hinweis auf Treu und Glauben dem allgemeinen Grundsatz Ausdruck gibt, ...") sowie N 1b zu ZGB 2 ("Abs. I enthält den allgemeinen Grundsatz, ..."), ferner etwa N 2, 7, 10a und 17 zu ZGB 2 ("Prinzip von Treu und Glauben"); Egger, N 1 zu ZGB 2 ("Treu und Glaube ... als Maxime des rechtlichen Verhaltens") sowie N 2 ("Treu und Glaube ... den andern Blankettverweisungen wesensgleich"); Bürgi, S. 102 sowie 113 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); Oftinger, Auslegung, S. 192 ("Grundsatz von Treu und Glauben") sowie S. 203 ("Anwendung des in ZGB Art. 2 formulierten Prinzips von Treu und Glauben"); Schluep, Diss., S. 310 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); Egli, S. 377 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); die Liste solcher Beispiele liesse sich beinahe beliebig verlängern.

2 Auch die Beispiele aus der Rechtsprechung würden, ohne Vollständigkeit erreichen zu können, viele Seiten füllen. Es sei daher nur auf die folgenden, mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenen Urteile aufmerksam gemacht: BIZR 35 (1936) Nr. 115, S. 245 ("Prinzip von Treu und Glauben"); 59 (1960) Nr. 124, S. 305 ("... nach dem Grundsätze von Treu und Glauben ..."); 62 (1963) Nr. 64, S. 162 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); 67 (1968) Nr. 38, S. 150 ("Prinzip von Treu und Glauben"); BGE 38 II 88 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); 88 I 148 ("Grundsatz von Treu und Glauben"); 102 II 138 ("Grundsatz von Treu und Glauben"). Die Auswahl der Beispiele verdeutlicht immerhin, dass über Jahrzehnte hinweg von der Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB abgegangen wird.

3 Vgl. aber immerhin Niederhauser, S. 19 ("..., wenn man versucht, ..., das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeingültiges Prinzip darzustellen") sowie schon S. 18 daselbst ("Missbrauchsprinzip", "eine Rechtsordnung, in welcher das Rechtsmissbrauchsverbot ganz allgemein von grosser Tragweite ist").

menten eines Begriffes vom allgemeinen Rechtsgrundsatz sind selten anzutreffen⁴. Das ist v.a. deshalb verständlich, weil normalerweise die praktische Anwendung solch allgemeiner Gebilde, wie sie Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot darstellen, auf einzelne zu beurteilende Fälle im Vordergrund steht. Dass die Gerichte ihren diesbezüglichen Urteilen nicht langatmige Überlegungen darüber vorausschicken, ob es sich bei den beiden Absätzen von Art. 2 ZGB um Grundsätze handle, entspricht ihrem zentralen Aufgabenbereich, streitige Einzelfälle einer endgültigen Entscheidung zuzuführen⁵. Auch für den Rechtsuchenden im einzelnen Prozess wären im übrigen derlei theoretische Erwägungen von nicht sehr grossem Interesse.

Da der besondere Teil der vorliegenden Arbeit einer dogmatischen Analyse von Art. 2 ZGB gewidmet ist⁶, muss an deren Anfang eine Untersuchung stehen, ob und weshalb Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot die Eigenschaft, Prinzipien zu sein, für sich in Anspruch nehmen. Die Begriffsdefinition, die im Rahmen der theoretischen Fundierungen entwickelt worden ist, soll aus diesem Grunde nunmehr getrennt an das Gebot von Treu und Glauben und an das Verbot des Rechtsmissbrauches herangetragen werden⁷.

Die soeben umschriebene Haltung der Gerichte zu den Fragen der Grundsatzqualität⁸ hat zur Folge, dass die verarbeitete Judikatur daraufhin betrachtet wird, ob die verwendeten sprachlichen Mittel Hinweise auf die Prinzipienqualität der beiden Absätze von Art. 2 ZGB abzugeben vermögen⁹; des weiteren werden diese Hinweise als Argumente in den Dienst der in dieser Arbeit entwickelten Begriffsdefinition des allgemeinen Rechtsgrundsatzes gestellt und ihre Auswahl erfolgt umgekehrt wiederum nach dieser Massgabe.

4 Einen indirekten Hinweis in diese Richtung enthält vielleicht etwa BGE 44 II 445, wo gesagt wird: "Art. 2 ZGB ist nicht ein selbständiger Rechtssatz, ..."; vgl. mehr zu möglichen Andeutungen in Urteilen später bei der genaueren Untersuchung der Grundsatzqualität der beiden Absätze von Art. 2 ZGB.

5 Dieser zentrale Aufgabenbereich der gerichtlichen Tätigkeit ergibt sich aus dem Gewaltentrennungspostulat; vgl. dazu auch etwa Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 40 ff.

6 Vgl. dazu schon oben S. 3, Einleitung, sowie S. 143, Einleitung.

7 Vgl. zum Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes oben S. 25, lit. E.

8 Vgl. dazu soeben S. 173/74, nach Anm. 3.

9 Der Zusammenhang der Urteilsauszüge mit den darin anstehenden Streitfällen wird daher oftmals ausser acht gelassen. M.E. sind solche Entfremdungen aus dem Zusammenhang aber zulässig, sofern sie nur – wie es soeben im Kontext geschieht – als solche auch deutlich angekündigt und gekennzeichnet werden.

B. Das weitere Vorgehen

Es ist vorerst unumgänglich, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot *getrennt* dem Begriff des Prinzips gegenüberzustellen¹⁰. Nur so kann der denkbaren Konstellation Rechnung getragen werden, dass nur einer der beiden Absätze von Art. 2 ZGB die Eigenschaft aufweisen könnte, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zu sein. Bei dieser Untersuchung müssen nacheinander alle Elemente des Begriffes des Rechtsprinzips sorgfältig auf ihr Vorhandensein geprüft werden¹¹. Am Ende dieser Ausführungen wird der Entscheid über die Prinzipienqualität von Treu und Glauben¹² und Rechtsmissbrauchsverbot¹³ möglich sein. Zudem wird dann die Basis geschaffen sein, um im Anschluss an diese Entscheidungen bestimmte Folgerungen für den weiteren Ablauf dieser Arbeit zu ziehen¹⁴.

II. Die Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB

A. Die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB

1. Treu und Glauben als rechtliche Aussage

“Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln”¹⁵. In diesem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das verkürzt auch einfach als Gebot von Treu und Glauben bezeichnet werden kann¹⁶, ist ganz offenbar eine sehr allgemeine Aussage enthalten, die Bereiche des Rechts beschlägt. Da sie sich immer an denjenigen richtet, der eine Rechtsposition innehat, oder ihm eine Art der Rechtshandhabung gebieten

10 Vgl. zur Untersuchung der Prinzipienqualität von Treu und Glauben sogleich S. 175 ff., Ziff. II.; vgl. sodann zur Untersuchung der Prinzipienqualität des Rechtsmissbrauchsverbotes unten S. 184 ff., Ziff. III.

11 Diese Elemente sind die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage, die breite Anerkennung dieser Aussage bei den dafür zuständigen Trägern resp. zumindest einem von ihnen, die Kombination von Abstrahierung und Konkretisierung bezüglich dieser Aussage, insbesondere die Konkretisierungsbedürftigkeit im Falle der indirekten Anwendung; vgl. dazu den Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

12 Vgl. dazu unten S. 183/84, lit. D.

13 Vgl. dazu unten S. 197, lit. D.

14 Vgl. dazu unten S. 199 ff., § 17.

15 Vgl. den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB.

16 Die beiden Ausdrucksweisen werden auch im weiteren Verlauf dieser Arbeit weiterhin ohne Unterschied bald in der einen, bald in der anderen Fassung erscheinen.

will, handelt es sich um eine *rechtliche Aussage*. Das unterscheidet sie zur Genüge von allgemeinsten Gedanken schlechthin^{17,18}.

2. Die verallgemeinerte Formulierung dieser Aussage

Die sprachlichen Wendungen, die im Zusammenhang mit Treu und Glauben gebräuchlich sind¹⁹, zeigen deutlich, dass es sich dabei um eine *verallgemeinert formulierte* rechtliche Aussage handelt. Diese allgemeine Ausdrucksweise schliesst aus, dass die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB eine unmittelbar auf den Einzelfall anwendbare Regel darstellen könnte. Treu und Glauben ist nicht unmittelbar anwendbar und daher kein Rechtssatz im technischen Sinne²⁰. Insofern ist der Formulierung von BGE 44 II 445 zuzustimmen, obwohl sie eine m.E. in der Judikatur immer wieder auftauchende Schwierigkeit aufweist²¹; dort wird gesagt²²:

“Art. 2 ZGB ist *nicht* ein selbständiger *Rechtssatz*, der ein bestimmtes Rechtsverhältnis regelt, sondern bloss eine Rechtsanwendungsnorm, ...”

Mangels Tatbestand-Rechtsfolge-Relation und der (vorläufig) überhaupt noch völlig unbestimmbaren Anwendbarkeit wegen enthält Art. 2 Abs. 1 ZGB keinen Rechtssatz²³.

17 Wesentlich für diese Unterscheidung ist das Objekt der Betrachtung; vgl. dazu oben S. 11, Ziff. 1.

18 Die Rechtsqualität des Gebotes von Treu und Glauben bestätigen auch jene Urteile, in denen Treu und Glauben ausdrücklich als allgemeiner *Rechtsgrundsatz* bezeichnet wird; vgl. etwa BGE 79 III 66 (“dieses allgemeine Rechtsprinzip”), 85 III 29, E. 3. a) (“aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz”), 94 III 82, E. 4. (“den allgemeinen Rechtsgrundsatz”).

19 Man denke dabei etwa an die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB selber oder an diejenigen, welche oben S. 158/59, lit. b, angeführt worden sind. Ferner kann neben den oben S. 175, vor Anm. 16, wiedergegebenen Formeln auch einfach von Treu und Glauben die Rede sein; vgl. so etwa BIZR 40 (1941) Nr. 56, S. 134 (“nach Treu und Glauben”), oder BGE 90 II 245 a.A. (“nach Treu und Glauben”).

20 Vgl. allgemein zur Abgrenzung des Rechtssatzes gegenüber allgemeineren Gebilden oben S. 8 ff., Ziff. II., bes. S. 9, nach Anm. 22. Dass auch das Bundesgericht einen Unterschied zwischen Rechtssatz und Rechtsprinzip macht, belegt das folgende Zitat aus BGE 88 I 148: “Sie ... nennen weder eine gesetzliche Bestimmung noch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, aus dem sich die Unzulässigkeit ... ergeben würde.”

21 Diese Schwierigkeit besteht darin, dass zwar von Art. 2 ZGB gesprochen wird, es aber oftmals nicht ersichtlich ist, ob der erste oder der zweite Absatz dieser Bestimmung gemeint ist. Genaugenommen muss die Frage ja dahin gehen, ob Art. 2 ZGB einen, zwei oder gar keinen Rechtssatz im Sinne der unmittelbaren Anwendbarkeit enthält. Daher wird in diesem Paragraphen die Prinzipienqualität der beiden Absätze von Art. 2 ZGB sicherheitshalber getrennt untersucht.

22 Die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

23 Mehr lässt sich zur Anwendbarkeit von Treu und Glauben erst nach Prüfung weiterer Elemente des Begriffes des Prinzips sagen; vgl. dazu unten S. 180 ff., lit. C., bes. S. 183, lit. b.

Es lässt sich aber immerhin schon sagen, das erste Element des hier vertretenen Begriffes vom Prinzip – die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage – sei im Gebot von Treu und Glauben erfüllt.

B. Die breite Anerkanntheit der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Die breite Anerkennung hat sich als eine Eigenschaft sowohl der Rechtsprinzipien als auch der allgemeinen Rechtsgedanken gezeigt, die aber immerhin zur Abgrenzung gegenüber den Postulaten ausreicht²⁴. Vier verschiedene, je für sich schon genügende mögliche Träger dieser Anerkennung haben sich ergeben²⁵. Sie alle sollen jetzt nach der Anerkanntheit der allgemeinen rechtlichen Aussage des Gebotes von Treu und Glauben befragt werden.

2. Die Anerkanntheit von Treu und Glauben im Gesetz

Seit der Positivierung von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 des ZGB von 1907²⁶ darf ohne weitere Erläuterungen angenommen werden, das Gesetz habe dem Gebot seine breite Anerkennung zuteil werden lassen. Obwohl das zur Bejahung der Anerkanntheit der verallgemeinert formulierten rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB schon genügen würde, seien auch die anderen möglichen Träger der Anerkennung von Rechtsprinzipien mit einigen Worten gestreift.

3. Die Anerkanntheit von Treu und Glauben im Gewohnheitsrecht

Erstes Indiz für die Annahme, dass Treu und Glauben sich auch in der Gegenwart ohne die Positivierung im ZGB durchgesetzt und breiteste Anerkennung erlangt hätte, ist die Stetigkeit, mit welcher sich sein Grundgedanke seit Jahrtausenden in der einen oder anderen Form entfaltet hat²⁷. In diesem Sinne sagt das Bundes-

24 Vgl. dazu oben S. 18/9, Ziff. 2., mit weiteren Verweisen; ferner S. 19, lit. a.

25 Vgl. dazu oben S. 19/20, lit. b.

26 Die Schlussabstimmung fand in beiden Räten am 10. Dezember 1907 statt. Referendum wurde keines ergriffen. Auf den 1. Januar 1912 wurde das ZGB in Kraft gesetzt.

27 Vgl. dazu oben S. 147 ff., § 13, sowie zum Grundgedanken bes. S. 158/59, lit. b.

gerichtet in einer Entscheidung, auf den noch mehrmals hinzuweisen sein wird²⁸, über die Bestimmung(en) des Art. 2 ZGB²⁹:

“Diese war schon längst vor Erlass des schweizerischen ZGB als Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre anerkannt und wurde *als Gewohnheitsrecht* oder gestützt auf mehr oder weniger weit gefasste gesetzliche Bestimmungen angewendet sowohl im Gebiete des Privatrechts wie auch in andern Rechtsgebieten.”

Auch nach Gewohnheitsrecht käme daher dem Gebot von Treu und Glauben – gesetzt den Fall, es wäre nicht positiviert worden – die nötige Anerkennung zu, um die Untersuchung seiner denkbaren Prinzipienqualität fortführen zu können.

4. Die Anerkanntheit von Treu und Glauben in der Lehre

Auf Grund der immer wiederkehrenden Verwendung des Ausdruckes Treu und Glauben ist gewiss, dass auch die Rechtswissenschaft, insbesondere auf dem Hintergrund der historischen Entwicklung des Gebotes, den gedanklichen Gehalt, der heute in Art. 2 Abs. 1 ZGB verkörpert ist, als allgemeine rechtliche Aussage anerkennt³⁰. Spätestens seit der Positivierung des Gebotes im ZGB ist seine Anerkanntheit in der Lehre unbestritten, weshalb es bei diesen kurzen Erwägungen sein Bewenden haben soll.

5. Die Anerkanntheit von Treu und Glauben in der Rechtsprechung

a) Die Anerkanntheit als Kriterium der Grundsatzqualität in der Rechtsprechung im allgemeinen

Dass auch die Gerichte die Anerkanntheit als eine Eigenschaft von Rechtsgrundsätzen voraussetzen, lässt sich wiederum nur mittelbar aus gewissen Formulierungen entnehmen. Wenn z.B. vom Verstoss gegen “einen klaren und *unumstrittenen*

28 Vgl. BGE 83 II 349.

29 Das Bundesgericht unterscheidet auch in diesem Urteil wiederum nicht zwischen den beiden Absätzen von Art. 2 ZGB, ja es spricht gar von Entsprechung zwischen Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot. Dieses Urteil findet daher bei der Betrachtung beider Absätze von Art. 2 ZGB Berücksichtigung; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

30 Dafür sei ganz allgemein auf die vielen Belegstellen, die im Laufe der Ausführungen zu Treu und Glauben aus der Lehre angeführt werden, hingewiesen; vgl. ferner schon die Hinweise auf Formulierungen der Lehre anlässlich der Ausführungen zur historischen Herkunft der heute mit Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen oben S. 147 ff., § 13.

Rechtsgrundsatz”³¹ die Rede ist oder “nach anerkannten Grundsätzen der Rechts- und Staatsordnung”³² gefragt wird, geht es allemal um die Anerkanntheit einer allgemeinen rechtlichen Aussage, wie sie im jetzigen Zusammenhang untersucht wird³³.

b) Die Anerkanntheit von Treu und Glauben in der Judikatur

Seit Erlass des ZGB haben unzählige Urteile auch das Argument von Treu und Glauben ins Feld geführt. Aus den schon hinsichtlich der Anerkennung im Gewohnheitsrecht erwähnten Gründen³⁴ hätte sich das Gebot gewiss auch in der Judikatur weiter entwickelt, wenn es nicht im ZGB niedergeschrieben worden wäre³⁵. Auch in der Bezeichnung der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB als “principe général”³⁶ klingt wohl noch die allgemeine Anerkanntheit des Gebotes nach. Der umfassende Gebrauch, der von Treu und Glauben in den Erwägungen der Gerichte gemacht wurde und wird, bestätigt die Anerkanntheit des Gebotes auch in der Rechtsprechung.

6. Abschliessende Bemerkungen

Bei allen möglichen Trägern der breiten Anerkennung von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken hat sich das Gebot von Treu und Glauben durchgesetzt. Schrittmacherdienste hat dabei die gesetzliche Fixierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB geleistet. Das zweite Element des Begriffes vom allgemeinen Rechtsgrundsatz — die breite Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage — erfüllt das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben demnach ebenfalls. Daraus kann immerhin schon gefolgert werden, dass Treu und Glauben kein blosses Postulat darstellt, weil die Anerkanntheit den reinen Wunschcharakter ausschliesst³⁷. Die weitere Untersuchung wird nun zeigen müssen, ob Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz im hier vertretenen Sinne oder als allgemeiner Rechtsgedanke zu erkennen ist.

31 Vgl. BGE 90 I 139, E. 2.; die Hervorhebung in der zitierten Stelle ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

32 Vgl. BGE 28 I 315/16.

33 Die beiden angeführten Wendungen aus Gerichtsurteilen sind allerdings nicht im Zusammenhang mit Art. 2 ZGB, sondern in Erwägungen bezüglich Art. 4 BV formuliert worden. Sie sollen nur als Hinweise darauf dienen, dass auch die Gerichte dem Kriterium der Anerkanntheit für die Grundsatzqualität Gewicht beimessen.

34 Vgl. dazu oben S. 177/78, Ziff. 3.

35 Vgl. zu den tieferen Ursachen dafür unten S. 228 ff., Ziff. 4.

36 Vgl. diese Formel etwa in BGE 101 Ia 330, E. 6. a).

37 Vgl. dazu oben S. 15, Ziff. 1., bes. vor Anm. 59.

C. Die Kombination von Abstraktheit und Konkretisierung hinsichtlich der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Nachdem feststeht, dass Art. 2 Abs. 1 ZGB eine verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage enthält³⁸, welche die notwendige breite Anerkennung genießt³⁹, muss jetzt entschieden werden, ob diese Aussage auf der die allgemeinen Rechtsgrundsätze kennzeichnenden besonderen Allgemeinheitsstufe anzusiedeln ist. Entspricht dem Abstraktheitsgrad eine Konkretisierungsfähigkeit, die im Falle der Anwendung zur Konkretisierungsbedürftigkeit wird, und ist Treu und Glauben dadurch wenigstens indirekt anwendbar, so dürfte die Aussage des ersten Absatzes von Art. 2 ZGB als Prinzip bezeichnet werden⁴⁰.

2. Die Abstraktheit der Aussage von Treu und Glauben

Ganz zu Beginn der Überlegungen zur Prinzipienqualität von Treu und Glauben ist schon festgehalten worden, dass die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB eine sehr allgemeine ist⁴¹. Die Abstraktheit dieser Aussage steht demnach fest. Der nächste Schritt der Untersuchung führt daher zur Frage nach einer mit der Abstraktheit gekoppelten Konkretisierungsfähigkeit.

3. Die Koppelung der Abstraktheit von Treu und Glauben mit seiner Konkretisierungsfähigkeit

a) Die inhaltliche Kohärenz der Aussage von Treu und Glauben

Konkretisierungsfähig, d.h. mit einer der Abstraktion reziproken und in sich geschlossenen geistigen Tätigkeit in den Lebenserscheinungen wieder entdeckbar, können nur inhaltlich kohärente geistige Gebilde sein⁴². Schon den historischen Wurzeln der Vorstellungen von Treu und Glauben liegt ein derart geschlossener Gedanke zugrunde, der sich in der Form des Gebotes von Treu und Glauben im Sinne

38 Vgl. dazu oben S. 175 ff., lit. A.

39 Vgl. dazu oben S. 177 ff., lit. B.

40 Andernfalls bliebe nichts anderes übrig, als das Gebot von Treu und Glauben zum nur noch abstrakten und nicht mehr anwendbaren allgemeinen Rechtsgedanken zu erklären; vgl. dazu auch oben S. 24, Ziff. 3.

41 Dafür darf auf die Ausführungen oben S. 175 ff., lit. A., verwiesen werden.

42 Vgl. dazu oben S. 20/1, Ziff. 1.

von Art. 2 Abs. 1 ZGB in unserer Zeit fortsetzt: Es ist dies die Idee einer gewissen Loyalität jedweder Rechtshandhabung⁴³.

b) Die Konkretisierungsfähigkeit von Treu und Glauben

Schon die Schwerpunkte der mit der Entwicklung von Treu und Glauben verbundenen Vorstellungen im Vertrags- und im Sachenrecht deuten auf die Konkretisierungsfähigkeit des Gebotes hin⁴⁴. Auch heute noch liegt gerade im Obligationenrecht ein "Hauptsitz"⁴⁵ der Verwendung von Treu und Glauben. Dem Werden aus der Kasuistik entspricht noch immer eine Verbundenheit zur Kasuistik⁴⁶. Treu und Glauben wird auch heute noch – als erfüllt oder missachtet – am Fall entdeckt.

So wird unter Kaufleuten häufig von "Treu und Glauben im Verkehr"⁴⁷ gesprochen, wodurch das allgemeine Gebot auf den Geschäftsverkehr konkretisiert oder eben als in diesen Fällen verwirklicht entdeckt wird. Der Grundgedanke der Loyalität wird dann zur Vorstellung, es müsse "nach loyaler Verkehrsauffassung"⁴⁸ gehandelt werden. Dank der inneren Kohärenz des Gedankens von Treu und Glauben ist derlei Fähigkeit zur Konkretisierung mit ihm verbunden. Die Anwendung von Treu und Glauben in den verschiedensten Rechtsgebieten bestätigt die Tatsache der Konkretisierungsfähigkeit dieser allgemeinen Aussage, was v.a. der Kommentar von *H. Merz* an unzähligen Beispielen verdeutlicht.

4. Die Konkretisierungsbedürftigkeit von Treu und Glauben im Falle seiner (indirekten) Anwendung

a) Die Konkretisierungsbedürftigkeit zwecks Anwendung

Um die allgemeine Aussage von Treu und Glauben überhaupt anwenden zu können, muss sie von der Höhe ihres Abstraktheitsgrades wieder zu den zu beurteilenden Lebensverhältnissen herabgeführt werden. Sie bedarf mit anderen Worten der Konkretisierung zwecks Anwendung. Die näheren Umstände des jeweiligen Falles müssen beigezogen werden, um Treu und Glauben und das Ausmass

43 Vgl. dazu oben S. 158/59, lit. b, sowie auch S. 159, Ziff. V.

44 Vgl. dazu oben S. 148 ff., Ziff. II. (zum Vertragsrecht), sowie S. 151 ff., Ziff. III. (zum Sachenrecht).

45 Vgl. Huber, Erl. I, S. 28.

46 Vgl. dazu allgemein oben S. 21/2, Ziff. 2.

47 Der Beispiele für diese Wendung sind wiederum viele; vgl. etwa BIZR 35 (1936) Nr. 138, S. 298; BGE 38 II 520, E. 4.; 41 II 456; 50 II 18, E. 2.

48 Vgl. BGE 48 II 373, E. 3.

seiner Anforderungen in diesem Fall “entdecken” zu können. Darin liegt dann die Konkretisierung des Gebotes bzw. seiner Aussage auf den Fall hin.

Das sei an einem Beispiel veranschaulicht, das dem Vertragsrecht entnommen ist: Dauerverträge auf unbestimmte Zeit müssen kündbar sein, auch wenn sie keine entsprechende Klausel enthalten, meist um eine gegen Art. 27 ZGB verstossende übermässige persönliche Bindung zu verhindern. Für solche Fälle lässt sich gemeinsam nur sagen, man müsse auf den Vertragszweck abstellen, um die Dauer der Bindung und eine passende Kündigungsfrist bestimmen zu können. Damit diese Regel anwendbar ist, muss konkretisierend auf Treu und Glauben zurückgegriffen und Dauer der Bindung wie Frist zur Kündigung müssen auf dieser Basis der einzuhaltenen Loyalität genauer bestimmt werden. So äussert sich das Obergericht des Kantons Zürich in einem diesbezüglichen Urteil aus dem Jahre 1939 wie folgt⁴⁹:

“Die für alle Fälle gleichmässig geltende Regel heisst nur, dass der Vertragsteil, der eine Lösung von dem Vertragsverhältnisse herbeiführen will, sein Recht nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Anschauungen des Geschäftskreises, dem der Vertrag untersteht, auszuüben habe (...).”

Die Konkretisierung, ohne die Treu und Glauben in diesen Fällen gar nichts zu leisten vermöchte, liegt hier darin, den Vertrag in der Weise, die bei solchen Geschäften nach Verkehrssitte und Geschäftskreis noch dem Erfordernis einer gewissen Redlichkeit zu genügen vermag, zu kündigen und bis zum Eintritt der Beendigung weiter zu erfüllen⁵⁰. Der blosser Hinweis auf Treu und Glauben brächte dabei keine Lösung; bei angemessener Konkretisierung der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt sie sich hingegen für jeden zu beurteilenden Fall ohne grosse Schwierigkeiten. “Unter gewissen Umständen”⁵¹ verlangt dann eben das Gebot von Treu und Glauben je nachdem ein verschiedenes Verhalten. Aus der Sicht von Treu und Glauben bedeutet das aber nichts anderes, als dass dessen Aussage zum Zwecke der Anwendung *konkretisierungsbedürftig* ist.

Anhand dieses Beispiels ist hervorgetreten, dass Treu und Glauben zwecks Anwendung unerlässlicherweise konkretisiert werden muss. Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält demnach eine konkretisierungsbedürftige, allgemeine rechtliche Aussage mit breiter Anerkennung.

49 Vgl. BIZR 40 (1941) Nr. 114, S. 299; vgl. ferner zur Problematik der Kündbarkeit von Dauerverträgen auf unbestimmte Zeit auch Merz, N 332 zu ZGB 2.

50 So wurde auch etwa in einer Streitigkeit um die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches wesentlich darauf abgestellt, dass die eine Partei ein Grosskaufmann war, nach welcher Eigenschaft die Art dessen, was noch im Sinne von Treu und Glauben der angemessenen Loyalität entsprechen konnte, näher bestimmt, d.h. die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB konkretisiert wurde, damit sie anwendbar war; vgl. dazu BGE 84 I 61/2, E. 4. c).

51 Vgl. BGE 96 I 15, E. 2.

b) Die bloss indirekte Anwendbarkeit im Falle der Anwendung

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben kann nach all dem bisher Dargelegten unter Verwachsung mit dem zur Beurteilung anstehenden Fall, mit anderen Worten im Wege der Konkretisierung, und somit – im Gegensatz zum Rechtssatz – *nur indirekt* zur Anwendung gebracht werden. Die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB kann aber immerhin indirekt angewendet werden, wodurch zugleich ihre Abgrenzung zu den allgemeinen Rechtsgedanken vollzogen ist⁵².

5. Abschliessende Bemerkungen

Die gewichtigste Eigenheit von Rechtsgrundsätzen – die Kombination von besonderem Abstraktheitsgrad und Konkretisierungsfähigkeit resp. im Falle der bloss indirekten Anwendbarkeit Konkretisierungsbedürftigkeit – kommt dem Gebot von Treu und Glauben zu. Es ist daher, wenn auch nicht direkt wie die Rechtssätze, so doch immerhin und im Gegensatz zu den allgemeinen Rechtsgedanken indirekt anwendbar. Auch das letzte Element des Begriffes vom Rechtsprinzip wird demnach von Treu und Glauben erfüllt und es kann ausgeschlossen werden, dass es sich dabei nur um einen allgemeinen Rechtsgedanken ohne die Eigenschaft der Anwendbarkeit handelt.

D. Bejahung der Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB

1. Treu und Glauben als Prinzip des Rechts

Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält eine verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage⁵³. Diese Aussage ist auf breitester Ebene bei den dafür zuständigen Trägern anerkannt⁵⁴. Dem Abstraktheitsgrad dieser Aussage steht ihre Konkretisierungsfähigkeit zur Seite, welcher im Falle der nur indirekten Anwendbarkeit ihre Konkretisierungsbedürftigkeit zum Zwecke der Anwendung entspricht⁵⁵. Alle Elemente des Begriffes des Rechtsprinzips sind demzufolge vom Gebot von Treu und Glauben erfüllt⁵⁶. Es ist nunmehr zulässig, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben

52 Vgl. zu dieser Abgrenzung allgemein oben S. 13/4, Ziff. 3.

53 Vgl. dazu oben S. 175 ff., lit. A.

54 Vgl. dazu oben S. 177 ff., lit. B.

55 Vgl. dazu oben S. 180 ff., lit. C.

56 Vgl. zur Begriffsdefinition des allgemeinen Rechtsgrundsatzes oben S. 25, lit. E.

als allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne des hier vertretenen Begriffes des Prinzips zu bezeichnen. Art. 2 Abs. 1 ZGB beinhaltet das *Prinzip von Treu und Glauben*. Auch aus dem Blickwinkel des hier vertretenen Begriffes des Rechtsprinzips ist demnach der Formel des Bundesgerichtes nur zuzustimmen, wenn es vom “Prinzip von Treu und Glauben”⁵⁷ spricht.

2. Terminologische Folgerung

Nachdem die Grundsatzqualität von Treu und Glauben sichergestellt ist, wird von nun an diese Eigenschaft immer mitzudenken sein, gleichviel ob nur von Treu und Glauben oder von einem gleichnamigen Gebot die Rede ist. Gemeint ist mit all diesen Wendungen immer der *Grundsatz von Treu und Glauben*. Die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB ist als Rechtsprinzip zu qualifizieren, weshalb ihre Prinzipienqualität im weiteren, unabhängig von der jeweiligen Terminologie, mit ausgesprochen ist, wo immer von ihr die Rede sein wird.

III. Die Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

A. Die verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

1. Keine Übereinstimmung dieser Aussage mit den historischen Entwicklungslinien

Die Betrachtung der historischen Vorläufer der Rechtsmissbrauchsvorstellung⁵⁸ hat zur Erkenntnis hingeleitet, dass bis zum Beginn unseres Jahrhunderts immer nur ein mehr oder weniger weit gefasstes Schikaneverbot als Schranke im Sinne missbräuchlicher Rechtshandhabung galt⁵⁹. Der Durchbruch zu einem umfassenden, von den Vorstellungen des Schikaneverbotes abgesetzten Verständnis des Rechts-

57 Vgl. etwa BGE 59 II 377, E. 3.; 89 I 175, E. 2.; ferner zum französischen Ausdruck “principe de la bonne foi” z.B. BGE 89 I 435; 99 Ib 101, E. 4.; ferner zur italienischen Bezeichnung “il principio della buona fede” beispielsweise BGE 92 II 166, E. 3.; 95 I 126, E. 4. b); vgl. im übrigen auch noch etwa die Wendungen von BGE 95 I 521, E. 6. (“Grundsatz von Treu und Glauben”), 97 II 400 (“auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben des Art. 2 ZGB zurückzugreifen”).

58 Vgl. dazu oben S. 160 ff., § 14.

59 Vgl. dazu zusammenfassend oben S. 167, Ziff. IV.

missbrauchsverbotes gelang nicht⁶⁰. Er ist erst in der neuesten Zeit erfolgt. Aus diesen Gründen vermag der historische Rückblick für die Untersuchung der Grundsatzzqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB nichts herzugeben und es muss zunächst diese Aussage selbst ermittelt werden.

2. Die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

Der Vorentwurf von 1900 hatte in seinem Art. 644 Abs. 2 ein Schikaneverbot im Sachenrecht festschreiben wollen⁶¹. Der Entwurf des Bundesrates von 1904 für ein ZGB brachte eine wesentliche Verallgemeinerung des Verbotes und die Verpflanzung der Bestimmung in den Einleitungstitel. Der zweite Absatz des Art. 3 lautete dort nunmehr:

“Der offenbare Missbrauch einer Berechtigung erfährt keinen Rechtsschutz.”

Neben der Positivierung von Treu und Glauben scheint auch dessen “Vereinigung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot in einem Artikel und schliesslich dessen Einordnung bei den Einleitungsbestimmungen”⁶² die persönliche Schöpfung von *Eugen Huber* gewesen zu sein.

Über diese Stationen ist es zur heutigen Formulierung des Art. 2 Abs. 2 ZGB gekommen, welche weit über die Vorstellung des historisch belegten Schikaneverbotes hinausgeht. Die gewichtigsten Voraussetzungen des letzteren⁶³ sind für dieses neue und umfassende Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbotes nicht mehr begriffsnotwendige Elemente, sondern als bloss mögliche, zusätzliche Tatbestandsmomente erfasst und eingeordnet worden, was *H. Merz* mit folgenden Worten in vortrefflicher Weise zusammengefasst hat⁶⁴:

“Es ist heute allgemein anerkannt, dass Verschulden keine notwendige und die blossе Schädigungsabsicht keine ausreichende Voraussetzung des Handelns gegen Treu und Glauben oder auch nur des Rechtsmissbrauches darstellt.”

Die Aussage des zweiten Absatzes von Art. 2 ZGB lässt sich vorläufig als *umfassendes Verbot jeden* offenbaren *Rechtsmissbrauches* umschreiben⁶⁵.

60 Vgl. dazu oben S. 168, Ziff. V.

61 Vgl. dazu oben S. 165, bei Anm. 36, unter Wiedergabe dieser Bestimmung im Wortlaut.

62 Vgl. Merz, N 16 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden. Vgl. ferner allgemein zur Entstehungsgeschichte von Art. 2 ZGB auch Deschenaux, S. 144/45, Ziff. I.

63 Vgl. dazu zusammenfassend oben S. 167, Ziff. IV. a.A.

64 Vgl. Merz, N 105, zweiter Absatz, zu ZGB 2.

65 In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass *E. Huber* an die Verbindung *jeder* Rechtsausübung mit einem rechtlichen Interesse eindringlich erinnert hat; vgl. dazu *Huber*, Erl. I, S. 11, sowie Erl. II, S. 35.

3. Die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtliche und verallgemeinert formulierte

a) Das Rechtsmissbrauchsverbot als rechtliche Aussage

“Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz”⁶⁶. Um der vollständigen Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbotes nach Massgabe des Begriffes des Rechtsprinzips willen sei festgehalten, obwohl es als Bestätigung einer Binsenwahrheit anmuten mag, dass die *Aussage* des zweiten Absatzes von Art. 2 ZGB eine solche *rechtlicher Art* ist⁶⁷. Es ist ja darin ausdrücklich vom Missbrauch eines Rechtes und von der Verweigerung des Rechtsschutzes die Rede.

b) Die verallgemeinerte Formulierung dieser Aussage

Da es sich beim Inhalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB um ein umfassendes Rechtsmissbrauchsverbot handelt⁶⁸, von der Ausübung eines Rechtes schlechthin gesprochen wird, und der Stellung im Einleitungstitel wegen, enthält die Bestimmung eine rechtliche Aussage, die *verallgemeinert formuliert* ist.

Wenn das Bundesgericht etwa sagt⁶⁹:

“Selon la jurisprudence (...), les contrats de mariage sont soumis, comme les autres actes juridiques, aux limites établies par l’art. 2 al. 2 CC”,

beweist es damit, dass es die Aussage des Art. 2 Abs. 2 ZGB ebenfalls als eine sehr allgemeine betrachtet. Noch deutlicher in diesem Sinne äussert es sich m.E. in BGE 95 II 511, wo ausdrücklich von “dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 ZGB”⁷⁰ gesprochen wird.

Auch dieses umfassend formulierte Verbot des Rechtsmissbrauches kann nun nicht unmittelbar angewendet werden, da es zwar eine Rechtsfolge anordnet, hin-

⁶⁶ Vgl. den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁶⁷ Immerhin kann daher schon ausgeschlossen werden, dass es sich bei der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB um einen allgemeinsten Gedanken eines anderen Lebens- oder Denkbereiches handeln könnte; vgl. zu dieser Abgrenzung allgemein oben S. 11, Ziff. 1.

⁶⁸ Vgl. dazu soeben S. 185, Ziff. 2.

⁶⁹ Vgl. BGE 82 II 490; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden. Im gleichen Sinne und ebenfalls zum Recht der Eheverträge sagt BGE 99 II 11, E. 4. b): “Die ehevertragliche Freiheit findet indessen – wie jede Rechtsausübung – ihre Schranke im Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB).”

⁷⁰ Vgl. BGE 95 II 511, E. 4.; es ging im übrigen in jenem Zusammenhang darum, dass auch die Scheidungsklage dem Verbot der missbräuchlichen Ausübung unterstehe.

gegen keinen Tatbestand enthält⁷¹. Was ein Rechtsmissbrauch ist und nach welchen Massstäben er zu bestimmen sei, wird nämlich mit dieser allgemeinen Aussage in keiner Weise festgelegt. Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält also – wie schon der Abs. 1⁷² – keinen Rechtssatz⁷³.

Dem ersten Erfordernis, das der Begriff des Prinzips aufstellt, der verallgemeinert formulierten rechtlichen Aussage, vermag nach alledem auch die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu genügen.

B. Die breite Anerkanntheit der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Die möglichen Träger⁷⁴ der breiten Anerkennung von Rechtsgrundsätzen und allgemeinen Rechtsgedanken⁷⁵ sollen jetzt nach der Anerkanntheit des Rechtsmissbrauchsverbotes befragt werden. Die gesetzgebungstechnisch gelungene Vereinigung des Verbotes mit dem Gebot von Treu und Glauben in einem einzigen Artikel hat, wie sich zeigen wird⁷⁶, zeitweise eine wohl unerwartet zählebig und verwirrende Kehrseite enthüllt.

2. Die Anerkanntheit des Rechtsmissbrauchsverbotes im Gesetz

a) Die klare Anerkanntheit

Die Positivierung des umfassenden Rechtsmissbrauchsverbotes in Art. 2 Abs. 2 des geltenden ZGB genügt für sich allein genommen ohne weiteres, um die breite Anerkennung dieses Verbotes im Gesetz nachzuweisen. Die weitere Untersuchung wird aber zeigen, dass dieser an sich klaren gesetzlichen Stellungnahme von andern

71 Vgl. die Rechtsfolgenanordnung in Art. 2 Abs. 2 ZGB a.E.: "... findet keinen Rechtsschutz".

72 Vgl. dazu oben S. 176/77, Ziff. 2.

73 Insofern kann die Formulierung von BGE 44 II 445, die oben S. 176, nach Anm. 22, anlässlich der Ausführungen zur Prinzipienqualität von Treu und Glauben wiedergegeben worden ist und dem ganzen Art. 2 ZGB die Eigenschaft, Rechtssatz zu sein, abspricht, tatsächlich auch für das Rechtsmissbrauchsverbot Geltung beanspruchen; vgl. im übrigen allgemein zur Abgrenzung des Rechtssatzes gegenüber allgemeineren Gebilden oben S. 8 ff., Ziff. II., bes. S. 9, nach Anm. 22.

74 Vgl. dazu oben S. 19/20, lit. b.

75 Vgl. dazu oben S. 18/9, Ziff. 2., sowie S. 19, lit. a.

76 Vgl. dazu unten S. 188, lit. b; ferner S. 189/90, lit. a, sowie S. 192/93, lit. b; ferner auch S. 204/05, Ziff. V., sowie S. 315, lit. a.

möglichen Trägern der Anerkantheit nicht immer beigespflichtet worden ist⁷⁷. Die Ursache dafür findet sich schon in der Entstehungsgeschichte des Art. 2 ZGB selbst angelegt; sie soll als nächstes kurz gestreift werden.

b) Erster Ansatz zu einem langlebigen Missverständnis

Obwohl die gesetzliche Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB unbestreitbar feststeht, kamen die Wurzeln eines Missverständnisses über seinen Inhalt, das immer wieder aufflackern und lange fortbestehen sollte und die Anerkennung der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB als allgemeiner rechtlicher in Frage stellte, schon in der parlamentarischen Berichterstattung zum Vorschein. Die Berichtersteller in den eidgenössischen Räten waren nämlich der Ansicht, “dass im Grunde der zweite Absatz” des Art. 2 ZGB “aus dem ersten hervorgehe”⁷⁸. Damit war schon im Verlauf der Entstehungsgeschichte des ZGB erstmals die Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes als eigenständiger allgemeiner rechtlicher Aussage in Frage gestellt. Wenn es dabei auch in erster Linie darum gegangen sein mag, “die inzwischen laut gewordene Kritik am Rechtsmissbrauchsverbot (...) zu beschwichtigen”⁷⁹, muss aus heutiger Sicht rückblickend doch erwähnt werden, dass diese Meinung über den Inhalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB sich nicht in diesem Zweck erschöpfte, sondern noch längere Zeit und immer wieder von neuem Anhänger und Verfechter gefunden hat⁸⁰.

3. Die Anerkantheit des Rechtsmissbrauchsverbotes im Gewohnheitsrecht

Ob sich vor dem historischen Hintergrund des Schikaneverbotes ein derart umfassendes Rechtsmissbrauchsverbot, wie es die Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält, auf gewohnheitsrechtlicher Ebene hätte heranbilden können, soll an dieser Stelle offengelassen werden. Es erscheint aber doch zumindest fraglich. Dennoch ist die Möglichkeit offenzulassen, weil – zumindest theoretisch – im Grunde genommen jede Lücke des Gesetzes, auch eine unechte, durch Gewohnheitsrecht gefüllt werden kann⁸¹.

Seit der Positivierung des Rechtsmissbrauchsverbotes in Art. 2 Abs. 2 ZGB kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass diese Bestimmung als Motor zu einer

77 Vgl. dazu die Verweise auf spätere Ausführungen soeben S. 187, Anm. 76.

78 Vgl. Deschenaux, S. 145 a.A.

79 Vgl. Merz, N 16 a.A. zu ZGB 2.

80 Vgl. ausführlicher dazu an den soeben S. 187, Anm. 76, angegebenen Stellen.

81 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 246 zu ZGB 1; aber auch N 242 daselbst.

Anerkennung des Verbotes z.B. in den kantonalen Rechten auf gewohnheitsrecht-ähnlicher Basis beitragen könnte^{82,83}.

Weil das umfassende Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbotes in neuester Zeit entstanden ist⁸⁴, lässt sich abschliessend nicht sagen, es sei gewohnheitsrechtlich anerkannt; für Rechtsbereiche, die es noch nicht kennen, ist aber seit der Positivierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB immerhin anzunehmen, dass es zu einer Anerkennung des Verbotes als Gewohnheitsrecht kommen könnte.

4. Die Anerkanntheit des Rechtsmissbrauchsverbotes als eigenständiger allgemeiner Rechtsaussage in der Lehre

a) Die Verfestigung des langlebigen Missverständnisses als Mangel der Anerkanntheit der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

Die Anfänge des Missverständnisses, von dem hier die Rede ist, reichen bis in die Zeit des Entstehens des ZGB zurück⁸⁵. Entgegen der historischen Genese der mit den beiden Absätzen von Art. 2 ZGB verbundenen Vorstellungen⁸⁶, die deutlich macht, "dass er nicht einer einheitlichen Konzeption entstammt"⁸⁷, hat nämlich in der Lehre über Jahrzehnte hinweg die Ansicht, es handle sich bei Abs. 2 gewissermassen um eine umgekehrte Formulierung des Abs. 1 von Art. 2 ZGB, an Boden gewonnen und sich ausgebreitet. Dieser m.E. einem Missverständnis entspringenden Ansicht entspricht es, wenn etwa zu lesen ist⁸⁸: "Abs. II ist die negative Formulierung einer aus Abs. I gezogenen Konsequenz"; ebenfalls diesem Missverständnis

82 In diesem Sinne anerkennt auch BGE 83 II 352, dass das Rechtsmissbrauchsverbot "als kantonales Gewohnheitsrecht (Gerichtsgebrauch) zur Geltung gebracht" werden könne.

83 Nur von einer Ähnlichkeit mit dem Gewohnheitsrecht wird im Kontext gesprochen, weil bei der genannten Konstellation wohl eher eine Übung oder ein Ortsgebrauch anzunehmen wäre als ein – begriffsnotwendig gemeinschweizerisches – Gewohnheitsrecht; vgl. zu diesen Abgrenzungen zwischen gemeinschweizerischem und sog. kantonalem Gewohnheitsrecht ausführlicher Liver, N 39/40 und vor allem N 109/10 zu ZGB 5; Huber, N 16/7 zu ZGB 6; bes. auch Meier-Hayoz, N 237 zu ZGB 1. Für den Kanton Zürich wird eine solche gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes wohl kaum je aktuell werden, weil § 275 EG ZGB ZH, abgedruckt in ZG, Bd. 6, S. 58, ausdrücklich bestimmt: "Für diejenigen zivilrechtlichen Verhältnisse, deren Ordnung dem kantonalen Recht überlassen ist, gilt das Schweizerische Zivilgesetzbuch als ergänzendes Recht." Von dieser Verweisung werden selbstverständlich auch die Einleitungsartikel des ZGB erfasst und es gehören folglich auch beide Absätze von Art. 2 ZGB in den Bereich dieser Verweisung.

84 Vgl. dazu oben S. 185, Ziff. 2.; ferner auch oben S. 168, Ziff. V.

85 Vgl. dazu oben S. 188, lit. b.

86 Vgl. dazu oben S. 147 ff., § 13, sowie S. 160 ff., § 14; ferner auch oben S. 171/72, Ziff. III., sowie S. 172, Ziff. IV.

87 Vgl. Deschenaux, S. 145 a.A.

88 Vgl. Gmür, N 15 zu ZGB 2; im gleichen Sinne auch Schluep, Diss., S. 311, unter Bezugnahme auf Bürgi, S. 136.

entstammt der Satz⁸⁹: “Abs. 2 bringt den gleichen Gedanken in Form einer Verbotsnorm nochmals zum Ausdruck”⁹⁰.

Indem die Verschiedenheit der Grundgedanken der beiden Absätze von Art. 2 ZGB – trotz des klaren Wortlautes – verneint wurde, ist m.E. der vorhandenen allgemeinen Aussage rechtlicher Art des Rechtsmissbrauchsverbotes die Anerkennung in der Lehre zunächst eindeutig versagt worden⁹¹. Der einzige Nachteil der Vereinigung von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot in einem Artikel des Gesetzes mag wohl darin liegen, solchem vorübergehendem Missverständnis Vorschub geleistet zu haben, indem die beiden so verschiedenen Vorstellungen äusserlich derart nahe zusammengedrückt sind. Auf die weit überwiegenden Vorteile dieser Zusammenführung in einem einzigen Artikel wird später noch zurückzukommen sein⁹².

Mit deutlichen Worten ist *H. Merz* diesem Irrweg des Verständnisses von Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegengetreten⁹³:

“So betrachtet, verliert Abs. 2 jede selbständige Bedeutung: Er geht im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben auf, wie das deutsche Schikaneverbot (BGB 226) in BGB 242 aufgegangen ist. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden.”

Dem kann nur noch hinzugefügt werden, dass man m.E. von *Eugen Huber*, dem Schöpfer des ZGB und geistigen Vater von Art. 2 ZGB, wohl nicht annehmen sollte, er habe in ein und demselben Artikel, dazu noch einem solchen der Einleitungsbestimmungen, einen identischen Gedanken nur in verschiedener Formulierung gleich zweimal und erst noch in zwei getrennten Absätzen fixieren wollen. Ob-
schon der Grundgedanke des Rechtsmissbrauchsverbotes durch die Positivierung im ZGB als allgemeine rechtliche Aussage grundsätzlich anerkannt worden ist⁹⁴, ist ihm der eigentliche Durchbruch zur breiten Anerkennung auch in der Rechtswissenschaft erst Jahrzehnte später gelungen⁹⁵.

89 Vgl. Egger, N 23 zu ZGB 2.

90 Gemeint ist dabei der gleiche Gedanke, wie ihn Abs. 1 von Art. 2 ZGB wiedergibt; vgl. ferner auch noch etwa Bürgi, S. 136: “Der Rechtsmissbrauch tritt also im schweizerischen Recht gewissermassen als die Forderung zum Handeln nach Treu und Glauben mit negativem Vorzeichen auf, nicht etwa als eine besondere weitere Maxime neben Treu und Glauben und auch nicht als eine Unterabteilung davon, wie z.B. das Schikaneverbot des früheren Rechtes es zweifellos war”; die Hervorhebungen des Originals sind weggelassen worden.

91 Vgl. für diese Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB und dafür, dass sie eine verallgemeinert formulierte, rechtliche ist, oben S. 185, Ziff. 2., sowie S. 186/87, Ziff. 3.

92 Vgl. dazu unten S. 343 ff., Ziff. 4., sowie vor allem S. 347 ff., Ziff. IV., bes. S. 349, lit. C.

93 Vgl. Merz, N 22 a.E. zu ZGB 2; der im Zitat erwähnte § 226 BGB ist oben S. 165, Anm. 37, wiedergegeben; vgl. ferner die Wiedergabe des im Zitat ebenfalls erwähnten § 242 BGB oben S. 87, Anm. 26.

94 Vgl. dazu oben S. 187/88, lit. a.

95 Vgl. dazu schon oben S. 168, Ziff. V.; ferner sogleich S. 191, lit. b.

b) Der Durchbruch zur Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB in der Lehre

Den Weg zurück zur Anerkennung der eigenständigen Grundaussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB gewiesen zu haben, ist das Verdienst von *H. Merz*⁹⁶. Rechtsmissbrauch ist im Sinne des Wortes als *Missbrauch normgemäss eingenommener Rechtsposition* oder als Missbrauch von bloss "scheinbarem"⁹⁷ Recht und entgegen "wirklichem"⁹⁸ Recht aufzufassen. Insofern hat der Abs. 2 "ausschliesslich normberichtigende Funktion"⁹⁹, kommt "die Berichtigungsfunktion nur dem Abs. 2"¹⁰⁰ zu. Daher liegt in Art. 2 Abs. 2 ZGB auch "die positivrechtliche Anerkennung"¹⁰¹ der unechten Lücken des Gesetzes¹⁰².

Dank der wissenschaftlichen Leistung von *H. Merz* ist die schon seit der Positivierung im ZGB vorhandene allgemeine rechtliche Aussage des Abs. 2 von Art. 2 ZGB im Sinne eines umfassenden Rechtsmissbrauchsverbotes heute auch in der schweizerischen Lehre als anerkannt zu betrachten.

5. Zur Anerkanntheit des Rechtsmissbrauchsverbotes in der Rechtsprechung

a) Die vereinzelt klare Anerkennung

Auch die Gerichte messen der Anerkanntheit als Kriterium der Grundsatzqualität Bedeutung zu¹⁰³.

Aus vereinzelt Entscheidungen lässt sich auch hinsichtlich des Rechtsmissbrauches eine Anerkennung der eigenständigen allgemeinen Aussage seiner Unter-sagung in Art. 2 Abs. 2 ZGB ableiten. So wird das Verbot des Rechtsmissbrauches etwa in BGE 73 II 191 ohne direkte Bezugnahme auf Treu und Glauben als "la

96 Vgl. Merz, Generalklausel, S. 341 ff., sowie Merz, N 23 ff. zu ZGB 2.

97 Vgl. Merz, N 21 zu ZGB 2.

98 Vgl. Merz, N 21 zu ZGB 2.

99 Vgl. Merz, N 23 zu ZGB 2.

100 Vgl. Merz, N 24 zu ZGB 2. Auf die genaueren Abläufe dieser Berichtigung wird bei der näheren Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbotes einzugehen sein; vgl. dazu unten S. 313 ff., § 23, sowie auch noch S. 355 ff., § 24.

101 Vgl. Meier-Hayoz, N 295 zu ZGB 1, sowie Merz, N 25 zu ZGB 2. Zum Begriff der unechten Lücken Meier-Hayoz, N 271 ff. zu ZGB 1; zur weiteren Einteilung der unechten Lücken Meier-Hayoz, N 275 ff. zu ZGB 1.

102 Darauf, dass auch die unechten Lücken theoretisch durch Gewohnheitsrecht gefüllt werden können, ist schon oben S. 188, vor Anm. 81, hingewiesen worden; vgl. auch die Verweise in Anm. 81 daselbst.

103 Vgl. dazu oben S. 178/79, lit. a.

réserve générale de l'art. 2 al. 2 CC"¹⁰⁴ bezeichnet. Man höre aber schon die Worte eines Urteils aus dem Jahre 1883, obwohl ihnen noch die Vorstellung eines mit der Arglist verbundenen Rechtsmissbrauchsverbotes zugrunde liegt¹⁰⁵:

“Dagegen wird allerdings, wie dem Kläger zugegeben ist, *nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen* festzuhalten sein, dass die in Art. 5 leg. cit. statuierte Verwirkung des Klagerechtes nicht eintritt, *resp.* dass dieselbe durch *die replica doli* zurückgeschlagen werden kann, wenn ...”

Diesen Worten lässt sich immerhin entnehmen, dass die Arglisteinrede, eine Vorläuferin des heutigen Rechtsmissbrauchsverbotes¹⁰⁶, als Mittel zur Durchsetzung allgemeiner rechtlicher Aussagen klar anerkannt wurde. Übersetzt man das aus der prozessualen in die materiellrechtliche Sprache, dann ergibt sich eine Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes, die nur noch mit dem Tatbestandselement der Arglist belastet ist¹⁰⁷.

Eine deutliche und m.E. eigenständige Anerkennung der allgemeinen rechtlichen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB bringt sodann BGE 56 I 448, wo gesagt wird, Art. 2 ZGB verlöre seine Bedeutung, “wenn es dem Richter verwehrt sein sollte, unter Umständen auch über eine an sich klare ... Bestimmung hinwegzugehen dann, wenn die Berufung darauf sich als Rechtsmissbrauch darstellt”.

b) Häufige Vermischung der Aussagen beider Absätze von Art. 2 ZGB

Nicht nur in der Lehre, sondern auch in der Rechtsprechung hat das Missverständnis, das Rechtsmissbrauchsverbot als umgekehrte Formulierung des Gebotes von Treu und Glauben aufzufassen, immer wieder triumphiert¹⁰⁸. So ist oftmals argumentiert worden, indem “das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und das ihm entsprechende Verbot des Rechtsmissbrauches (Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB)”¹⁰⁹ bunt vermischt und ohne grössere Unterscheidungen verwendet worden sind¹¹⁰. Solche gleichsetzenden Formulierungen finden sich auch noch in Urteilen

104 Die Hervorhebung im zitierten Passus ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

105 Vgl. BGE 9, S. 387; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

106 Vgl. dazu oben S. 161/62, lit. A.

107 Vgl. dazu schon oben S. 185, bei Anm. 63; vgl. im übrigen dazu und zu dem in Anm. 105 genannten Urteil auch Merz, N 407, 408 und 410 zu ZGB 2.

108 Vgl. zur Darstellung des Missverständnisses in der Lehre oben S. 189/90, lit. a.

109 Vgl. BGE 83 II 349/50.

110 Als Beispiele aus einer sehr langen Liste seien nur etwa die folgenden erwähnt: BIZR 16 (1917) Nr. 166, S. 276 (“als ein Handeln gegen Treu und Glauben oder als Missbrauch eines Rechtes”); 56 (1957) Nr. 6, S. 12 (“gegen Treu und Glauben verstossen, also einen

aus jüngster Vergangenheit¹¹¹. Es gibt aber auch Anzeichen dafür, dass die Hoffnung berechtigt ist, die Unterscheidung, die *H. Merz* hinsichtlich der beiden Absätze von Art. 2 ZGB eingeführt hat, werde weitere Verbreitung finden¹¹².

6. Abschliessende Bemerkungen

Bei den verschiedenen möglichen Trägern der breiten Anerkennung von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken hat sich auch das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeine rechtliche Aussage mehrheitlich durchgesetzt. Allerdings ist es dabei auf Grund der zeitweiligen Gleichsetzung des Abs. 2 mit dem Abs. 1 des Art. 2 ZGB zu gewissen Verzögerungen gekommen. In der Lehre hat die Kommentierung von 1962 m.E. endgültig den Ausschlag zur Anerkennung gegeben; in der Rechtsprechung ergibt sich die Anerkanntheit als eigenständige allgemeine Rechtsaussage aus einzelnen Urteilen doch deutlich. Das Gesetz hingegen hat die Anerkennung an und für sich seit über 70 Jahren in Art. 2 Abs. 2 ZGB ausgesprochen.

Auch die zweite Anforderung des Begriffes vom Prinzip – die breite Anerkennung bei einem oder mehreren der dafür zuständigen Träger – erfüllt demnach das Rechtsmissbrauchsverbot und es kann zugleich ausgeschlossen werden, dass es sich dabei um ein blosses Postulat handelt¹¹³. Die Untersuchung des nächsten Begriffselementes muss nunmehr die Entscheidung darüber bringen, ob das Rechtsmissbrauchsverbot als Rechtsgrundsatz oder als allgemeiner Rechtsgedanke zu qualifizieren ist.

Rechtsmissbrauch bedeuten”); BGE 78 II 227 (“einen Rechtsmissbrauch darstellt und darum gegen Treu und Glauben verstösst”); 86 II 232, E. 6. (“einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, d.h. gegen Treu und Glauben verstösst”).

- 111 Vgl. etwa BIZR 72 (1973) Nr. 31, S. 61 (“das Verbot des Rechtsmissbrauchs ein Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben”); BGE 94 I 126 a.A. (“Zu den genannten Rechtsgrundsätzen gehört ferner derjenige von Treu und Glauben (...). Auch ihm soll eine Initiative nicht zuwiderlaufen. Sie darf deshalb insbesondere nicht rechtsmissbräuchlich sein.”); 99 II 57 (“rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 ZGB, weil Treu und Glauben verlangt hätten”).
- 112 Bedeutsamster Hinweis in diese Richtung ist wohl die Tatsache, dass die Gerichte unserer Tage sich überall dort, wo sie in ihren Erwägungen und Begründungen mit einem oder beiden Absätzen von Art. 2 ZGB arbeiten, immer auf die Kommentierung von *H. Merz* stützen.
- 113 Letztere sind durch ihren blossen Wunschcharakter gekennzeichnet worden; vgl. dazu oben S. 15, vor Anm. 59.

C. Die Kombination von Abstraktheit und Konkretisierung hinsichtlich der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Die breit anerkannte¹¹⁴, verallgemeinert formulierte rechtliche Aussage¹¹⁵ von Art. 2 Abs. 2 ZGB muss jetzt auf ihre Allgemeinheitsstufe hin untersucht werden. Ergibt sich dabei ein Abstraktheitsgrad des Rechtsmissbrauchsverbotes, der mit einer Konkretisierungsfähigkeit und im Falle der Anwendung mit einer Konkretisierungsbedürftigkeit gekoppelt ist, so wäre das Verbot als Rechtsgrundsatz zu bezeichnen. Ist dem nicht so, müsste es zum allgemeinen Rechtsgedanken ohne auch nur indirekte Anwendbarkeit erklärt werden¹¹⁶.

2. Die Abstraktheit der Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes

Abstrakt ist die Aussage des zweiten Absatzes von Art. 2 ZGB gewiss. Wenn nämlich von Rechtsmissbrauch die Rede ist, steht auf Grund des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB keineswegs fest, was rechtsmissbräuchlich ist oder woher die Massstäbe der Missbräuchlichkeit zu nehmen sind. Die Abstraktheit der Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes darf daher als nachgewiesen angesehen werden¹¹⁷. Es gilt nun, die Frage nach einer entsprechenden Konkretisierungsfähigkeit und -bedürftigkeit zu prüfen.

3. Die Koppelung der Abstraktheit des Rechtsmissbrauchsverbotes mit seiner Konkretisierungsfähigkeit

a) Die inhaltliche Kohärenz der Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes

Die gedankliche Geschlossenheit ist die Voraussetzung der Konkretisierungsfähigkeit eines allgemein gefassten geistigen Gebildes rechtlicher Art¹¹⁸. Diese Geschlossenheit eignet der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB deshalb, weil sie nichts anderes als ein sehr umfassendes Verbot offenbaren Missbrauchs eines Rechts ausspricht¹¹⁹. Nichts, aber auch gar nichts anderes ist darüber hinaus in dieser Aussage

114 Vgl. dazu oben S. 187 ff., lit. B.

115 Vgl. dazu oben S. 184 ff., lit. A.

116 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 24, Ziff. 3.

117 Dafür darf auf die Ausführungen oben S. 186/87, Ziff. 3., verwiesen werden.

118 Vgl. dazu oben S. 20/1, Ziff. 1.

119 Vgl. zur Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB oben S. 185, Ziff. 2.

enthalten. Insbesondere die möglichen Massstäbe der Missbräuchlichkeit und das eigentliche Objekt des Missbrauches müssen erst noch bestimmt und ausserhalb der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB aufgesucht werden.

b) Die Konkretisierungsfähigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes

Es ist schon mehrfach betont worden, dass das Rechtsmissbrauchsverbot keinen Hinweis auf seine Massstäbe enthält. Diese werden ihm erst anhand des Falles vermittelt, in dessen Zusammenhang es angerufen oder überprüft wird. Früher leisteten Neidmauern¹²⁰ oder andere schikanöse Handlungen¹²¹ diese Vermittlung. Solcher Verbindung, oder in Anlehnung an die Bedeutung des Ausdruckes Konkretisierung solcher Verwachsung¹²², mit einem zu beurteilenden Fall ist auch das heutige, umfassende Verbot des Rechtsmissbrauchs fähig. Die Verbundenheit zur Kasuistik ist nach wie vor gewahrt und der Rechtsmissbrauch wird auch heute noch – als erfüllt oder als zu verneinen – am Fall entdeckt¹²³.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Aktienrechts, den das Bundesgericht unrichtig über lange Zeit zur *lex specialis* gegenüber dem Rechtsmissbrauchsverbot erklärt hatte¹²⁴, gab ihm in einer Praxisänderung Anlass, die Konkretisierungsfähigkeit des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB ausdrücklich anzuerkennen. In BGE 102 II 268 erklärt unser höchstes Gericht nämlich dazu folgendes¹²⁵:

“Zu Recht macht die Klägerin geltend, dass Tatbestände von Rechtsmissbrauch denkbar sind, die das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzen.”

Von der Warte der Konkretisierungsfähigkeit aus betrachtet heisst das nichts anderes, als dass der Rechtsmissbrauch eben an ganz verschiedenen Fällen als verwirklicht entdeckt werden kann, worauf ihm der Rechtsschutz zu versagen ist.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Konkretisierungsfähigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes unbedenklich zu bejahen ist.

120 Vgl. dazu oben S. 163, nach Anm. 27.

121 Vgl. dazu oben S. 163 ff., Ziff. III.

122 Vgl. zur rein sprachlichen Herkunft des Ausdruckes Konkretisierung, aber auch zur mangelnden Präzision solchen Verständnisses allgemein oben S. 23/4, lit. b und c.

123 Vgl. dazu auch allgemein oben S. 21/2, Ziff. 2.

124 Vgl. in diesem Sinne BGE 69 II 249/50; 95 II 162/63, E. 9. a); in BGE 99 II 62/3, E. 4. c), ist die Frage dann offengelassen worden.

125 Vgl. BGE 102 II 268, E. 2.

4. Die Konkretisierungsbedürftigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes im Falle seiner (indirekten) Anwendung

a) Die Konkretisierungsbedürftigkeit zwecks Anwendung

Ohne die näheren Umstände des einzelnen Falles beizuziehen, kann ein Rechtsmissbrauch weder bejaht noch verneint werden. Erst sie können die nötige Klärung bringen. Nur die "ganz besonderen Verumstände"¹²⁶ des Einzelfalles lassen es zu, einen Rechtsmissbrauch als in den Lebenserscheinungen verwirklicht wahrzunehmen. Die Konkretisierungsbedürftigkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes ist daher zwingend mit seiner praktischen Anwendung verbunden. Erst die Konkretisierung liefert die Möglichkeit, einen Missbrauch im Sinne der allgemeinen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB im einzelnen zu beurteilenden Fall verwirklicht zu sehen oder ihn, als nicht vorhanden, abzulehnen. Zum Zwecke der Anwendung bedarf das Verbot rechtsmissbräuchlichen Handelns demnach der Konkretisierung.

b) Die bloss indirekte Anwendbarkeit im Falle der Anwendung

Das Rechtsmissbrauchsverbot kann nach den bisherigen Darlegungen unter Verwachsung mit dem jeweiligen zur Beurteilung anstehenden Fall oder, mit anderen Worten, im Wege der Konkretisierung zur Anwendung gelangen. Im Gegensatz zum Rechtssatz ist es daher nicht unmittelbar anwendbar. Es verbleibt ihm aber immerhin die indirekte Anwendbarkeit, womit zugleich seine Abgrenzung gegenüber den allgemeinen Rechtsgedanken vollzogen ist¹²⁷.

5. Abschliessende Bemerkungen

Die wichtigste Eigenschaft allgemeiner Rechtsgrundsätze, die Kombination von besonderem Abstraktheitsgrad mit der Möglichkeit ihrer Konkretisierung, nimmt auch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB für sich in Anspruch. Es ist daher, wenn auch nur indirekt, so doch immerhin überhaupt anwendbar. Das Rechtsmissbrauchsverbot erfüllt demnach auch die letzte Voraussetzung, die der Begriff verlangt, um als Rechtsprinzip bezeichnet werden zu können. "Alle Rechte gelten nur unter Vorbehalt des Missbrauchs (Art. 2 ZGB; ...)"¹²⁸: Von diesem Satz kann nunmehr mit Gewissheit gesagt werden, er enthalte nicht bloss einen allgemeinen Rechtsgedanken, dem es an der Anwendbarkeit mangle.

126 Vgl. BGE 55 II 133, E. 4.

127 Vgl. zu dieser Abgrenzung allgemein oben S. 13/4, Ziff. 3.

128 Vgl. BGE 103 IV 164, E. 3. c).

D. Bejahung der Prinzipienqualität der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB

1. Das Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzip des Rechts

Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält eine verallgemeinert ausgedrückte rechtliche Aussage¹²⁹. Diese Aussage ist auf breiter Front anerkannt¹³⁰. Obwohl diese Aussage abstrakt ist, bleibt sie in ihrem Abstraktheitsgrad kombiniert mit der Fähigkeit zur Konkretisierung, die sich im Falle der nur indirekten praktischen Anwendung zur Konkretisierungsbedürftigkeit verwandelt¹³¹. Das Rechtsmissbrauchsverbot erfüllt alle Elemente des Begriffes vom allgemeinen Rechtsgrundsatz¹³² und es darf daraus gefolgert werden, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB ebenfalls ein *Rechtsprinzip* enthält. Das *Rechtsmissbrauchsverbot* ist, auch wenn es ungewohnt klingen mag, ein *allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Es ist daher insbesondere *konkretisierungsbedürftig* zum Zwecke seiner praktischen Anwendung und *nur indirekt* anwendbar. Ganz ausnahmsweise spricht auch das Bundesgericht vom Rechtsmissbrauchsverbot allein, ohne Bezugnahme auf Treu und Glauben, und ausdrücklich als von "dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Art. 2 Abs. 2 ZGB"¹³³.

2. Terminologische Folgerung

Da die Grundsatzqualität der Aussage des zweiten Absatzes von Art. 2 ZGB nach Prüfung anhand der Elemente des hier vertretenen Begriffes vom Rechtsprinzip feststeht, ist von nun an immer der *Grundsatz vom Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs* gemeint, auch wenn etwa nur vom Rechtsmissbrauchsverbot, vom Verbot in Art. 2 Abs. 2 ZGB oder von der Aussage des zweiten Absatzes des Art. 2 ZGB die Rede ist. Nicht nur Treu und Glauben¹³⁴, sondern auch das Rechtsmissbrauchsverbot ist als eigenständiges Rechtsprinzip anzusprechen¹³⁵. Beide Absätze von Art. 2 ZGB enthalten je einen allgemeinen Rechtsgrundsatz; Art. 2 ZGB beinhaltet zwei, in ihrer Prinzipienqualität voneinander unabhängig ermittelte Rechtsprinzipien.

129 Vgl. dazu oben S. 184 ff., lit. A.

130 Vgl. dazu oben S. 187 ff., lit. B.

131 Vgl. dazu oben S. 194 ff., lit. C.

132 Vgl. zum Begriff des Prinzips oben S. 25, lit. E.

133 Vgl. BGE 99 IV 53.

134 Vgl. dazu oben S. 183/84, lit. D.

135 Vgl. dazu soeben S. 197, Ziff. 1.

IV. Resultate: Grundsatzqualität sowohl von Treu und Glauben als auch des Rechtsmissbrauchsverbotes

Ohne präzisere begriffliche Umschreibungen dessen, was ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei, war es seit langer Zeit unbestritten, dass Treu und Glauben einen solchen Grundsatz darstelle. Es ist durchaus üblich, vom Grundsatz von Treu und Glauben zu sprechen. Mittels der im allgemeinen Teil dieser Arbeit entwickelten Definition des Begriffes des Prinzips ist es gelungen, die allgemeine Überzeugung von der *Grundsatzqualität von Treu und Glauben* dogmatisch zu bestätigen und zu verfestigen. Art. 2 Abs. 1 ZGB spricht ein (selbständiges) Rechtsprinzip aus.

Das Rechtsmissbrauchsverbot in seiner erst neuester Zeit entstammenden, umfassenden und von nur möglichen zusätzlichen Tatbestandselementen befreiten Fassung hat, unbesehen seiner Vereinigung mit Treu und Glauben in einem einzigen Gesetzesartikel, getrennt auf die Übereinstimmung mit dem Begriff des Prinzips hinterfragt werden müssen. Obwohl es sich mit dem allgemein üblichen Sprachgebrauch nicht deckt und ungewöhnlich klingen mag, hat die Prüfung nach Massgabe des hier vertretenen Prinzipienbegriffes ergeben, dass *auch* das *Rechtsmissbrauchsverbot* in diesem Sinne *Grundsatzqualität* beansprucht. Art. 2 Abs. 2 ZGB spricht ebenfalls ein (selbständiges) Rechtsprinzip aus.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass *beide Absätze* des zweiten Artikels des Schweizerischen Zivilgesetzbuches *eigenständige Rechtsprinzipien* beinhalten. Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot sind je für sich allein betrachtet allgemeine Rechtsgrundsätze. Neuartig mag daran höchstens erscheinen, dass bei streng dogmatischer Betrachtung auch das Rechtsmissbrauchsverbot zum eigenständigen Prinzip zu erheben und als Rechtsgrundsatz zu bezeichnen ist.

§ 17

FOLGERUNGEN AUS DER GRUNDSATZEIGENSCHAFT VON TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT

I. Vorbemerkungen

A. Allgemeines; der Ausgangspunkt

Die Umschreibung dessen, was ein Prinzip auszeichnet, im Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes hat die Qualifizierung beider Absätze von Art. 2 ZGB als Prinzipien ermöglicht¹. Ausgangspunkt der Schlüsse, die jetzt gezogen werden sollen, ist daher die Erkenntnis, dass beide Absätze von Art. 2 ZGB je ein Rechtsprinzip enthalten und dass diese gemeinsame Eigenschaft sich auf Grund getrennter und voneinander unabhängiger Untersuchungen ergeben hat.

B. Die Hauptetappen der Folgerungen

Aus der Prinzipienqualität als solcher ergeben sich Schlüsse, die für den weiteren Ablauf der Analyse von Art. 2 ZGB von ausschlaggebender Bedeutung sind². Weil Rechtsgrundsätze begriffsnotwendig mit den Denkformen des Konkretisierens zusammenhängen, ergeben sich auch bezüglich der geistigen Tätigkeiten bei der Anwendung von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbotes gewichtige Voraussetzungen für den Fortgang der Untersuchung³. All diese Folgerungen basieren unmittelbar auf dem Bemühen um theoretische Fundierungen im allgemeinen Teil und den dabei gewonnenen Erkenntnissen⁴.

1 Vgl. dazu oben S. 173 ff., § 16, bes. S. 183/84, lit. D., sowie S. 197, lit. D.; ferner auch zusammenfassend S. 198, Ziff. IV.

2 Vgl. dazu sogleich S. 200 ff., Ziff. II.

3 Vgl. dazu unten S. 202/03, Ziff. III.

4 Dabei werden die Resultate, die im allgemeinen Teil erreicht worden sind, und der Weg zu ihnen als bekannt vorausgesetzt; vgl. in diesem Sinne übrigens schon oben S. 143, Einleitung.

II. Folgerungen für die Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB

A. Aus der Tatsache der Existenz verschiedener Arten von Prinzipien

Verschiedene Einteilungsraster für Rechtsprinzipien sind möglich⁵. Da es unter ihnen weder Rangordnung noch Ausschliesslichkeitsansprüche geben kann, müssen sie alle an jedes einzelne näher zu betrachtende Prinzip angelegt werden⁶.

Da Prinzipien nach verschiedenen Kriterien aufgegliedert werden können, und nach der Feststellung, dass Art. 2 ZGB in beiden Absätzen je einen selbständigen Grundsatz aufweist, muss für *jeden* der beiden Grundsätze des Artikels *getrennt* untersucht werden, welchen Gruppen von Prinzipien er angehört⁷. Nur auf diesem Wege können Unterschiede und Gleichheiten zwischen den beiden Grundsätzen aufgedeckt werden.

B. Aus dem Verhältnis von Rechtsordnung und Prinzipien des Rechts

Recht und rechtliche Betrachtungsweise sind normalerweise regelbildend⁸. An der Regelbildungstendenz nehmen im Normalfall auch Rechtsgrundsätze teil⁹. Ausnahmen von dieser Eigenschaft der Regelbildung sind aber denkbar¹⁰; sie können auch in Grundsatzform auftreten¹¹. Offen ist gar die Möglichkeit regeldurchbrechender Korrekturprinzipien¹².

Art. 2 ZGB enthält zwei Prinzipien; als Folge davon muss *jedes* von ihnen *getrennt* untersucht werden, um zu erkennen, ob es dem Normalfall der Regelbildungseigenschaft entspricht oder vielleicht eine der möglichen Ausnahmen darstellt. Nur so kann sichergestellt werden, dass das Verhältnis der beiden Prinzipien zur Rechtsordnung vollumfänglich erfasst wird, wobei sich ein gleiches oder ein verschiedenes Verhältnis ergeben kann¹³.

5 Vgl. dazu allgemein oben S. 27 ff., § 2.

6 Vgl. dazu allgemein oben S. 47, Ziff. VI.

7 Vgl. dazu allgemein oben S. 48, Ziff. VII.; ferner auch noch S. 62/3, lit. A.

8 Vgl. dazu allgemein oben S. 56, Ziff. 2.; ferner auch S. 76, lit. e.

9 Vgl. dazu oben S. 63, Ziff. 1.

10 Vgl. dazu oben S. 56, Ziff. 2. a.E., sowie S. 71, Ziff. 2.; ferner auch S. 76, Ziff. 4.

11 Vgl. dazu oben S. 77, lit. a; ferner auch das Beispiel S. 78 ff., Ziff. 2.

12 Vgl. dazu oben S. 81, Ziff. 3.

13 Vgl. zusammenfassend zum Verhältnis von Rechtsordnung und Rechtsgrundsätzen im allgemeinen oben S. 82/3, Ziff. VIII.

C. Hinsichtlich der positivrechtlichen Rechtfertigung und der Anwendbarkeit der Grundsätze von Art. 2 ZGB

Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung von Prinzipien variiert je nach der Fragestellung, in deren Zusammenhang sie zur Rede kommt¹⁴. Prinzipien sind zwar immer nur indirekt und im Normalfall unselbständig anwendbar¹⁵. Es bleibt aber denkbar, dass der seltene Fall selbständiger Justiziabilität eintritt¹⁶.

Um die Probleme der positivrechtlichen Rechtfertigung und der Anwendbarkeit von Rechtsgrundsätzen¹⁷ lösen zu können, ist es nötig zu wissen, welchen Gruppen von Prinzipien sie zuzuordnen sind¹⁸ und in welchem Verhältnis sie zur Rechtsordnung stehen¹⁹. Je nachdem, welche Ergebnisse dieses Wissen erbringt, können die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung und die Art der Anwendbarkeit der beiden Prinzipien von Art. 2 ZGB unterschiedlich aussehen. Aus diesem Grunde müssen die beiden Grundsätze von Art. 2 ZGB auch hinsichtlich dieser Fragen *je getrennt* analysiert werden.

D. Hinsichtlich der Suche nach dem Platz im System

Erst auf Grund der bisher aufgezählten und immer getrennt vorzunehmenden Untersuchungen der prinzipiellen Gehalte von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot kann über deren Einbettung im System des Rechts rückblickend mehr ausgesagt werden²⁰. Insbesondere lassen sich dann auch erst die wechselseitigen Verbindungen und Beziehungen – sofern es solche gibt – der beiden Prinzipien des Art. 2 ZGB präzise bestimmen²¹. Da aber die vorgängigen und getrennten Analysen zu verschiedenen Ergebnissen führen können und – es darf insofern vorgegriffen werden – auch führen werden, muss auch die Suche nach ihrem Platz im System für *beide* Grundsätze von Art. 2 ZGB wiederum *getrennt* erfolgen.

14 Vgl. dazu oben S. 84 ff., § 4.

15 Vgl. dazu oben S. 91 ff., Ziff. VI.

16 Vgl. dazu oben S. 90/1, lit. B., sowie S. 93, lit. C. a.E.

17 Vgl. dazu zusammenfassend und im allgemeinen oben S. 94, Ziff. VII.

18 In dieser Hinsicht müssen die beiden Prinzipien von Art. 2 ZGB getrennt untersucht werden; vgl. dazu oben S. 200, lit. A.

19 Auch diesbezüglich müssen die beiden Prinzipien des Art. 2 ZGB getrennt analysiert werden; vgl. dazu oben S. 200, lit. B.

20 Vgl. allgemein zum Verhältnis von Prinzipien zum System des Rechts oben S. 95 ff., § 5.

21 Vgl. übrigens zur Notwendigkeit der Einbettung in die wechselseitigen Verbindungen und die gegenseitigen Beziehungen mit allen Elementen des Systems im allgemeinen und mit anderen Prinzipien im besonderen schon allgemein oben S. 98/9, lit. B. a.A.

E. Abschliessende Bemerkung

Die gesamte weitere Untersuchung des Prinzipiengehalts von Art. 2 ZGB muss im Gefolge der Erkenntnis, dass die Gesetzesbestimmung in ihren beiden Absätzen zwei – je eigenständig ermittelte – Prinzipien enthält, für beide Absätze getrennt geschehen, um zuverlässige Aussagen zu erreichen.

III. Folgerungen für die Untersuchung der Konkretisierung von Art. 2 ZGB

A. Aus der Tatsache der Existenz verschiedener Konkretisierungsformen für Prinzipien

Die Regelbildungstendenz von Prinzipien aktualisiert sich in der Durchführung ihrer Konkretisierung²². Der Begriff der Konkretisierung ist jedoch ungenau²³ und er bedarf daher eingehender Analyse²⁴, wobei sich die Suche auf einheitliche Operationen des Denkens konzentrieren muss²⁵. Drei in sich abgeschlossene und abgrenzbare Denkvorgänge, die sich unter dem Namen der Konkretisierung verbergen, sind gefunden worden, von denen zwei für die Konkretisierung von Prinzipien in Frage kommen²⁶. Es besteht eine allgemeine Vermutung zugunsten der Spezifikation als der Konkretisierungsform von Rechtsprinzipien²⁷. Für Korrekturprinzipien ist diese Vermutung freilich widerlegt und die ihnen adäquate Form der Konkretisierung ist die Individualisierung²⁸. Es hängt daher vom Inhalt des jeweiligen Prinzips ab, welche Denkform bei seiner Anwendung zu benutzen ist²⁹.

Beide Absätze von Art. 2 ZGB sind nun so allgemein gefasst, dass sie nur mittels der Vorgänge der Konkretisierung anwendungsbereit gemacht werden können. Es muss daher im Anschluss an die getrennten Untersuchungen des Prinzipiengehaltes von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot und nach Massgabe ihrer Ergebnisse der Ablauf der zugehörigen Konkretisierungsformen ebenfalls *getrennt* dargestellt und belegt werden.

22 Vgl. dazu allgemein oben S. 64/5, Ziff. 2.; ferner auch S. 116/17, Ziff. 5., sowie S. 117/18, lit. C.

23 Vgl. dazu oben S. 23/4, Ziff. 2., bes. S. 24, lit. c.

24 Vgl. dazu oben S. 105, Ziff. III.

25 Vgl. dazu oben S. 106/07, Ziff. I., bes. S. 106, vor Anm. 3.

26 Vgl. dazu oben S. 120, Ziff. VIII.

27 Vgl. dazu oben S. 122, Ziff. 1.

28 Vgl. dazu oben S. 124/25, Ziff. 1.

29 Vgl. dazu oben S. 128, Ziff. IV.

B. Hinsichtlich der Durchgangsfunktion von Art. 2 ZGB

Jedes Prinzip hat eine Durchgangsfunktion³⁰. Sie unterscheidet sich jedoch in ihrem detaillierten Ablauf in Abhängigkeit von der Konkretisierungsform des Prinzips und von seiner Art³¹. Auch die Durchgangsfunktionen der Prinzipien, die in den beiden Absätzen von Art. 2 ZGB enthalten sind, werden daher *getrennt* und im Zusammenhang mit deren Konkretisierungsformen zur Sprache kommen.

C. Abschliessende Bemerkung

Aus der je eigenständig ermittelten Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot folgt die Notwendigkeit, die beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Rechtsgrundsätze getrennt auf ihre Konkretisierungsformen und ihre Durchgangsfunktion untersuchen zu müssen, um verlässliche Aussagen zu gewinnen.

IV. Folgerungen für das weitere Vorgehen

A. Die allgemeine Anlage der weiteren Ausführungen

Sowohl der Prinzipiengehalt³² als auch die Konkretisierungsformen³³ von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot müssen getrennter Untersuchung unterzogen werden. Diesen Anforderungen trägt die Systematik im weiteren Ablauf des besonderen Teils der vorliegenden Arbeit Rechnung.

Es wird daher im nächsten Abschnitt das Prinzip von Treu und Glauben und seine zugehörige Konkretisierungsform behandelt werden³⁴, um daran den Abschnitt über den Grundsatz des verbotenen Rechtsmissbrauchs und dessen zugehörige Konkretisierungsform anzuschliessen³⁵.

30 Vgl. dazu oben S. 129 ff., § 9.

31 Vgl. dazu oben S. 129 ff., Ziff. II.

32 Vgl. dazu oben S. 200 ff., Ziff. II.

33 Vgl. dazu oben S. 202/03, Ziff. III.

34 Der Abschnitt wird sich daher in die zwei Kapitel über Prinzipiengehalt und Konkretisierungsform (inkl. Anwendbarkeit) von Treu und Glauben einteilen lassen; vgl. dazu unten S. 207 ff., 2. Abschnitt, mit den Kapiteln 3. (S. 209 ff.) und 4. (S. 267 ff.).

35 Der Abschnitt wird sich daher in die zwei Kapitel über Prinzipiengehalt und Konkretisierungsform (inkl. Anwendbarkeit) des Rechtsmissbrauchsverbotes gliedern lassen; vgl. dazu unten S. 311 ff., 3. Abschnitt, mit den Kapiteln 5. (S. 313 ff.) und 6. (S. 368 ff.).

B. Die gegenseitigen Beziehungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot im besonderen

Soweit sich im Laufe der weiteren Erörterungen Beziehungen zwischen den beiden Grundsätzen von Art. 2 ZGB ergeben, werden sie der allgemeinen Anlage, die soeben beschrieben worden ist, eingeordnet und am jeweils passenden Orte zur Darstellung gelangen. Das ist in anderem Zusammenhang schon angedeutet worden³⁶ und sei hier um der Vollständigkeit der Folgerungen für das weitere Vorgehen willen deutlich ausgesprochen.

V. Anhang: Zum Problem der oftmaligen Indifferenz der Judikatur bezüglich der Prinzipien von Art. 2 ZGB

A. Rekapitulation des Problems

Abgesehen von nicht allzu häufigen Ausnahmen³⁷ muss zugegeben werden, dass die folgenden Worte von *W. Bürgi* (m.E. leider zu) oft zutreffen³⁸:

36 Vgl. dazu oben S. 190, vor Anm. 92.

37 Vgl. als solche Ausnahmen etwa: BIZR 18 (1919) Nr. 171, S. 323 ("Dadurch handelte der Kläger weder wider Treu und Glauben, noch liegt in seinem Verhalten der Missbrauch eines Rechts."); BGE 43 II 76/7, E. 2., wo die beiden Absätze von Art. 2 ZGB immerhin nacheinander und äusserlich deutlich voneinander abgehoben diskutiert werden; 86 II 368, wo durch die Formulierung "gegen allgemeine Rechtsgrundsätze (Art. 2, 27 ZGB)" immerhin die Möglichkeit offensteht, den Passus so zu verstehen, dass Art. 2 ZGB zwei Prinzipien enthalten könnte; ferner aus jüngster Vergangenheit 104 IV 94, E. 3. a) in sehr deutlicher Art und Weise ("Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs *sind Grundsätze*, welche ..."; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden).

Auf mehrere Formulierungen in Entscheidungen, die Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot gleichsetzen, ist schon oben S. 226, vor Anm. 109 sowie in Anm. 110 und 111, anlässlich der Untersuchung der Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes in der Rechtsprechung hingewiesen worden. Es seien hier zusätzlich noch etwa die folgenden erwähnt: BGE 40 III 161 ("Geltendmachung ... überhaupt wider Treu und Glauben gehe und einen Rechtsmissbrauch darstelle"); 42 III 85 ("Begehren ... nicht deshalb ablehnen, weil der Gläubiger es lediglich aus Chikane stelle, gegen Treu und Glauben handle und einen Rechtsmissbrauch begehe"); 56 I 448 ("Berufung auf eine an sich klare Vereinbarung dieser Art nicht leicht als offenbarer Rechtsmissbrauch oder als gegen Treu und Glauben verstossend wird erklärt werden dürfen"); 79 II 181 ("Das Erstreben solcher ungerechtfertigter Bereicherung ist aber mit Treu und Glauben unvereinbar. Es ist der Rechtsmissbrauch desjenigen, der verlangt, was zurückgegeben werden müsste (...)."); 92 II 325, E. 3. ("Berufung darauf unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und daher einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt"); 93 II 326, E. 4. c) ("Dem Begehren auf Herstellung des vertragsgemässen Zustandes wäre der Schutz nur zu versagen, wenn es als offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 ZGB erschiene und

“Das Bundesgericht hat denn auch in seiner Rechtsprechung keinen eigentlichen Unterschied zwischen beiden Rechtsbegriffen gemacht, sondern für ein und dieselbe Rechtsfrage bald vom Verstoß gegen Treu und Glauben, bald vom Rechtsmissbrauch gesprochen.”

Die wichtigsten Ursachen dieser Vermischungstendenzen sind schon erwähnt worden³⁹. Diejenige, welche die beschriebene Indifferenz dem Verständnis erst vollumfänglich zugänglich macht, wird erst später ersichtlich werden⁴⁰.

B. Folgerung für die Auswahl der Belegstellen

Wo sich Urteile deutlich zur Verschiedenheit der beiden Absätze von Art. 2 ZGB äussern, sollen sie den Vorzug geniessen. Aus den anderen Urteilen erfolgt die Auswahl der bestehenden Indifferenz wegen im Interesse des geordneten Ablaufes und der Zielsetzung des jeweiligen Gedankenzusammenhanges im Kontext und ohne die Indifferenz oder die Gleichsetzung bezüglich der beiden Prinzipien von Art. 2 ZGB jedes Mal von neuem zu erwähnen. M.E. ist es wichtig, das offen auszusprechen⁴¹. Dennoch wird immer versucht werden, der Objektivität bei der Auswahl Genüge zu tun⁴². Es wird aber trotzdem immer ein gewisses Mass an Interpretation der ausgewählten Urteilsauszüge und ihres Zusammenhanges zugrunde liegen, wobei grosses Gewicht auf die sprachlichen Mittel gelegt werden soll, die in ihnen zur Verwendung gelangt sind⁴³.

darum gegen das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben verstiesse.”); 94 II 40, E. 6., wo die eine Prozesspartei geltend machte, “solches Zuwarten zum Zwecke der Beweisverdunkelung verstosse gegen Treu und Glauben und bedeute daher einen Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB”; 104 II 101, E. 2. b) (“Berufung darauf ist unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und daher einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt”).

38 Vgl. Bürgi, S. 136.

39 Zum einen ist es nicht vorrangige Aufgabe der Rechtsprechung, sich mit der Entwicklung eines Begriffs des Rechtsgrundsatzes und der Frage, ob er erfüllt sei, in langen Erwägungen auseinanderzusetzen, sondern ihre Hauptaufgabe liegt in der endgültigen Streiterledigung (vgl. dazu oben S. 174, nach Anm. 4); zum andern mag das langlebige Missverständnis hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes wohl verstärkende Wirkung gezeitigt haben (vgl. dazu oben S. 188, lit. b, S. 189/90, lit. a, sowie S. 192/93, lit. b); ferner besteht der wohl einzige Nachteil der Vereinigung der beiden Prinzipien in einem einzigen Gesetzesartikel darin, der inhaltlichen Gleichsetzung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB Nahrung geben zu können (vgl. dazu oben S. 187, bei Anm. 76, sowie S. 190, nach Anm. 91).

40 Vgl. dazu unten S. 347 ff., Ziff. IV.

41 In diesem Sinne übrigens schon oben S. 174, nach Anm. 7.

42 Dafür gibt es beispielsweise die sprachlichen Mittel des Potentialis, vieler Präpositional- und Adverbialausdrücke und andere mehr.

43 In diesem Sinne übrigens schon oben S. 174, nach Anm. 8.

VI. Resultate

Nach einem historischen Indiz für die grundlegende Verschiedenheit der beiden Absätze von Art. 2 ZGB⁴⁴ sind nun auch die dogmatischen Argumente dafür gefunden. Weil es sich um zwei selbständig erkannte Prinzipien des Rechts handelt, müssen nämlich Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot auf ihren *Inhalt* und ihre *Konkretisierungsform* sowie alle damit zusammenhängenden Folgen hin *getrennt* untersucht werden. Die Feststellung, dass sowohl Treu und Glauben als auch das Rechtsmissbrauchsverbot eigenständige allgemeine Rechtsgrundsätze verkörpern, macht es notwendig, beide Absätze von Art. 2 ZGB getrennt auf ihre prinzipielle Aussage, ihren Gehalt und ihre Konkretisierungsform hin zu analysieren. Nur so können die Verschiedenheiten und durchaus mögliche Verwandtschaften herausgearbeitet werden, um im Anschluss daran auch die gegenseitigen Beziehungen festhalten zu können.

44 Vgl. dazu oben S. 171/72, lit. B., sowie S. 172, Ziff. IV.

2. Abschnitt

Der Gehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben
und die zugehörige Konkretisierungsform

3. KAPITEL

DER PRINZIPIENGEHALT VON ART. 2 ABS. 1 ZGB

§ 18

ANALYSE DER PRINZIPIELLEN AUSSAGE DES GEBOTES VON TREU UND GLAUBEN

I. Vorbemerkungen

Es steht fest, dass Treu und Glauben einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt¹. Im folgenden soll nun die Untersuchung der Arten von Prinzipien, wie sie im allgemeinen Teil geschehen ist², für Aussagen über Treu und Glauben nutzbar gemacht werden³. Ferner wird das Verhältnis des Prinzips zur Rechtsordnung zu erörtern sein^{4,5}. Am Schluss des Paragraphen werden einige Worte zu Bedeutung und Ausmass der positivrechtlichen Herleitung von Treu und Glauben folgen^{6,7}. Ziel der Ausführungen in diesem Paragraphen ist eine möglichst umfassende Beleuchtung des Grundsatzes und seiner prinzipiellen Aussage aus verschiedensten Blickwinkeln⁸.

1 Vgl. dazu oben S. 175 ff., Ziff. II., bes. S. 183/84, lit. D.; ferner zusammenfassend S. 198, Ziff. IV.

2 Vgl. dazu oben S. 27 ff., § 2.

3 Vgl. dazu sogleich S. 210 ff., Ziff. II.

4 Dafür sollen die allgemeinen Ausführungen oben S. 49 ff., § 3, nutzbar gemacht werden.

5 Vgl. dazu unten S. 239 ff., Ziff. III.

6 Vgl. dazu die Ausführungen im allgemeinen Teil oben S. 84 ff., § 4.

7 Vgl. dazu unten S. 245 ff., Ziff. IV.

8 Nach diesen Ausführungen sollte es dann möglich sein, zu einer definitiven Inhaltsbestimmung des Grundsatzes von Treu und Glauben fortzuschreiten; vgl. dazu unten S. 251 ff., § 19.

II. Treu und Glauben und die behandelten Einteilungsraster für Rechtsprinzipien

A. Das Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben

1. Einleitende Bemerkungen

Es sind bekanntlich die Lebensverhältnisse, die es nahelegen, das Recht in Sachbereiche aufzuteilen⁹. Diesem Einteilungskriterium muss grosses Gewicht zugemessen werden¹⁰. Es soll jetzt der Versuch unternommen werden, diejenigen rechtlich erheblichen Sachbereiche auszuloten, denen der Grundsatz von Treu und Glauben zuzuordnen ist. Der Ausgangspunkt ist dabei in seiner Formulierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB zu beziehen.

2. Treu und Glauben als Grundsatz des Bundesprivatrechts

a) Die Geltung des Prinzips für ZGB und OR

Für das ZGB gilt Art. 2 ZGB schon kraft seiner Stellung in der Einleitung dieses Gesetzbuches. Er beansprucht aus diesem Grunde auch für das OR Geltung, was "aus der Stellung des OR als 5. Teil des ZGB abzuleiten"¹¹ ist. "Die Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB muss sich daher über den ganzen Bereich des ZGB und des OR erstrecken"¹² und Treu und Glauben gilt dementsprechend für die gesamten Bereiche, welche diese beiden Gesetze ordnen.

b) Die Geltung des Prinzips für das gesamte Bundesprivatrecht

Schon im Jahre 1918 hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 2 ZGB "bei allen Rechtsverhältnissen zu beachten ist, die sich nach eidgenössischem Privatrecht richten"¹³. Auf die privatrechtliche Nebengesetzgebung des Bundes fin-

⁹ Vgl. dazu oben S. 29, Ziff. 1.

¹⁰ Vgl. dazu oben S. 30, Ziff. 1.

¹¹ Vgl. Friedrich, N 70 zu ZGB 7; ferner allgemein zum OR als fünftem Teil des ZGB Liver, Einleitung, N 68. Im gleichen Sinne für die Geltung von Art. 1 ZGB im Bereiche des OR auch Meier-Hayoz, N 45 zu ZGB 1.

¹² Vgl. BGE 72 II 42.

¹³ Vgl. BGE 44 II 445; ferner im gleichen Sinne unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil auch BGE 79 II 405, E. 5.

den "die Bestimmungen des OR und damit gleichzeitig die Einleitungsartikel des ZGB"¹⁴ auch ohne besondere Verweisungen Anwendung, zum einen, weil der Ausdruck "andere zivilrechtliche Verhältnisse" in Art. 7 ZGB eben alles Bundeszivilrecht unter Einschluss der Spezialgesetzgebung erfasst¹⁵, und zum andern, weil die Einleitungsbestimmungen eben für das OR¹⁶ und folglich für alle jene Gesetze gelten, die von der Verweisung des Art. 7 ZGB mit umfasst sind¹⁷.

3. Treu und Glauben als Grundsatz des gesamten Zivilrechts schlechthin

a) Im allgemeinen

Das Prinzip von Treu und Glauben hat sich von jeher in zivilrechtlichen Lebensverhältnissen entwickelt¹⁸. "Diese Bestimmung entstammt dem Zivilrecht"¹⁹ und hat folgerichtig ihre Positivierung im ZGB erfahren. Der rechtlich erhebliche Sachbereich, dem der Grundsatz von Treu und Glauben mit Gewissheit zugeordnet werden kann, ist zunächst derjenige des *Zivilrechts* schlechthin. Der Ausgangspunkt in Art. 2 Abs. 1 ZGB wird damit bewusst verlassen und es erfolgt die Hinwendung zum gegenwärtigen Einteilungskriterium der rechtserheblichen Sachbereiche²⁰. Daraus folgt nämlich auch, dass die rechtstechnische Stufe der Wiedergabe des Prinzips von Treu und Glauben im ZGB als einem Bundesgesetz vorläufig vernachlässigt werden kann^{21,22}.

14 Vgl. BGE 97 II 73, E. 3.; in diesem Urteil wurde dieses Ergebnis allerdings auf Grund des ausdrücklichen Verweises von Art. 100 VVG auf das OR erreicht.

15 Vgl. dazu Friedrich, N 45 und 69 zu ZGB 7. Art. 7 ZGB lautet unter dem Randtitel "Allgemeine Bestimmungen des Obligationenrechtes" folgendermassen: "Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse."

16 Vgl. dazu soeben S. 210, lit. a.

17 Im gleichen Sinne auf Grund einer funktionellen Betrachtung der Einleitungsbestimmungen zum ZGB auch Friedrich, N 41, zweiter Absatz, zu ZGB 7; in einem zusammenfassenden Sinne sagt Merz, N 63 zu ZGB 2: "Nach seiner Stellung in den Einleitungsartikeln ist Art. 2 im ganzen Gebiet des *Bundesprivatrechts* anwendbar."

18 Vgl. dazu oben S. 147 ff., § 13.

19 Vgl. BGE 40 III 160.

20 Vgl. zur Wahl dieses Ausgangspunktes oben S. 210, Ziff. 1.

21 Die Zuordnung zu einer bestimmten normhierarchischen Stufe wird in anderem Zusammenhang, wo sie für die Praktikabilität von Treu und Glauben von grosser Bedeutung ist, wieder aufgenommen werden müssen; vgl. dazu unten S. 245 ff., Ziff. IV.

22 Vgl. allgemein zur fehlenden Ergiebigkeit einer Einteilung der Arten von Prinzipien nach ihrer rechtstechnischen Stufe oben S. 28, Ziff. II.

b) Treu und Glauben als Grundsatz des kantonalen Privatrechts im besonderen

Die Unterscheidung zwischen kantonalem und eidgenössischem Privatrecht muss aus den soeben genannten Gründen und im Rahmen des zur Debatte stehenden Einteilungsrasters der Rechtsprinzipien als rechtstechnische und daher unbeachtliche betrachtet werden. Weil Treu und Glauben nach herkömmlichem Verständnis Verhältnisse der einzelnen Menschen betrifft, ist es ein Grundsatz des Privatrechts²³, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um kantonales Privatrecht oder solches des Bundes handelt. Weitere Erörterungen erübrigen sich daher zum jetzigen Zeitpunkt und es bleibt als Zwischenresultat festzuhalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben ein solcher des Privatrechts ist.

4. In Sachbereichen gelegene Ansatzpunkte für eine Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht

a) Der Ansatzpunkt im Sachbereich der Verträge

Das Vertragsrecht stellt einen rechtlich erheblichen Sachbereich im Sinne des gegenwärtigen Einteilungsrasters von Rechtsprinzipien dar. Es entspricht, in einer kurzen Formel ausgedrückt, der vorgegebenen Lebenserscheinung gewollter Verbindung unter den Beteiligten²⁴. Soweit solche rechtsgeschäftliche Verbindung auch im öffentlichen Recht aktuell werden kann, ist ein erster Ansatzpunkt zur Übertragung der Vorschriften von Treu und Glauben in den anderen grossen, rechtlich erheblichen Sachbereich gefunden²⁵. Das ist aber vorab einem im Verhältnis zum öffentlichen Recht und zum Privatrecht bestimmteren Sachbereich, demjenigen des Vertragsrechts, zu verdanken, der unter der Voraussetzung, dass die rechtsgeschäftliche Freiheit gewahrt ist, ins öffentliche Recht *hinüberraagt*. Wenn an den unverzichtbaren Grunderfordernissen eines Vertrages nicht gerüttelt wird²⁶, drohen von dieser Verwendung des Prinzips von Treu und Glauben keine Gefahren unkontrollierter Umformung des Grundsatzes selbst²⁷. Im Rahmen der zusätz-

23 Vgl. zum zugrundeliegenden Einteilungskriterium in die Sachbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts oben S. 29/30, Ziff. 2.

24 Vgl. dazu ausführlicher Troller, S. 80 ff.

25 Vgl. ausführlich zur Möglichkeit von (verwaltungsrechtlichen) Verträgen als gewollten Verbindungen im öffentlichen Recht z.B. Imboden, Vertrag, bes. S. 92a, lit. a.

26 Diese Erfordernisse lassen sich unter dem Stichwort der *gewollten* rechtsgeschäftlichen Verbindung zusammenfassen und es ist heute anerkannt, dass nur unter Wahrung dieser Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Verträge bestehen können; vgl. dazu beispielsweise Imboden, Vertrag, bes. S. 38a ff., Ziff. I. Die weiteren Probleme, die sich auf der Seite des öffentlichen Rechts bezüglich solcher Verträge ergeben, bleiben hier ausser Betracht; vgl. dazu wiederum die soeben genannte Schrift von Imboden.

27 Vgl. allgemein zu diesen Gefahren oben S. 31, lit. a.

lichen Regeln des öffentlichen Rechts, die berücksichtigt werden müssen, kann daher gesagt werden, dass auch für solche Verträge "die Regeln von Treu und Glauben in Betracht"²⁸ kommen.

b) Der Ansatzpunkt und die Überdehnung im Sachbereich der Rechtspflege

Die Rechtsanwendung oder die Rechtspflege, sei es einerseits durch Vollzug der Vorschriften, sei es andererseits durch gerichtliche Streitentscheidung, gehört, auch soweit sie durch staatliche Instanzen geschieht, als Abbild der Notwendigkeiten und als organisatorische Grundstruktur eines Gemeinwesens zum der Rechtsordnung Vorgegebenen^{29,30}. Dieser an sich öffentlich-rechtliche Sachbereich *überlappt* nun wiederum beidseitig die Grenze von Privatrecht und öffentlichem Recht³¹. Es verwundert daher wenig, dass in einer Sonderfrage dieses Sachbereiches ein weiterer Ansatzpunkt zu Ausdehnungen des Grundsatzes von Treu und Glauben auf die Rechtspflege als Ganzes zu entdecken ist.

Es ist mehrfach entschieden worden³², dass die Folgen unrichtiger oder fehlerhafter Rechtsmittelbelehrungen zuständiger Behörden demjenigen, der auf sie vertrauen durfte, nicht zum Nachteil gereichen dürften³³. Während jedoch die früheren diesbezüglichen Entscheide im Falle der Verletzung der beschriebenen Regel von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs sprachen³⁴, war später nur noch von dieser Regel die Rede, wie sie auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhe³⁵. Dem kann m.E. nicht zugestimmt werden. Die Regel und ihre Durchsetzung sind keine unmittelbaren Folgen von Treu und Glauben; letzteres gibt m.E. nur den Massstab an, nach dem bestimmt werden kann, ob eine unerlässliche Voraussetzung der Geltung der genannten Regel erfüllt sei: Nach Treu und Glauben darf bemessen werden, ob der Betroffene auf die falsche Rechtsmittelbelehrung vertrauen durfte. Dafür ist der Massstab der nach den Umständen zu bestimmenden Loyalität, die erwartet werden darf, geeignet. Ist diese Bedingung erfüllt, können die möglicherweise

28 Vgl. BGE 61 I 75; es ging in diesem Urteil übrigens um die ergänzende Interpretation einer Wasserrechtskonzession; im gleichen Sinne und zum gleichen Problem auch BGE 78 I 389 sowie BGE 96 I 287 ff., E. 4., mit weiteren Hinweisen auf die Praxis.

29 Vgl. zur Vorgegebenheit dieser organisatorischen Grundstrukturen auch Troller, S. 91 ff.

30 Vgl. im übrigen allgemein zum Vorgegebenen schon oben S. 33, Ziff. 2., vor Anm. 43; ferner auch S. 54/5, Ziff. 2.

31 Dass Rechtspflege in beiden grossen Sachbereichen der Rechtsordnung geschehen muss, leuchtet unmittelbar ein und braucht nicht weiter erläutert zu werden.

32 Vgl. etwa BGE 76 I 190, 77 I 274, 78 I 297.

33 Diese Regel wurde in der Revision des OG von 1968 als Abs. 3 von Art. 107 für das Gebiet der Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichts gesetzlich fixiert; in diesem Sinne auch bezüglich Art. 107 Abs. 3 OG BGE 96 II 72; 96 II 169, E. 4. b), sowie 96 III 99.

34 Vgl. dazu die in Anm. 32 hiavor genannten Entscheidungen, bes. diejenigen der Bände 77 I und 78 I.

35 Vgl. dazu BGE 96 II 169, E. 4. b), sowie 96 III 99; ähnlich auch schon BGE 76 I 190.

vorhandenen Nachteile, die dem Betroffenen zufolge der fehlerhaften Auskunft erwachsen sind, nicht einfach mittels einer Berufung auf Treu und Glauben beseitigt werden³⁶. Das Prinzip von Treu und Glauben ist es eben gerade nicht, das verlangen würde, dass die nachteiligen Folgen nicht vom Betroffenen zu tragen seien; der Entscheid über dieses Problem kann nicht mittels der Vorstellungen von loyaler Rechtshandhabung gefällt werden. Dafür bedarf es m.E. anderer Begründung. So könnte der Lösungsweg – wie es schon früher geschehen ist³⁷ – in Anwendung des formellen Rechtsverweigerungsverbot über den Anspruch auf rechtliches Gehör gesucht werden³⁸. Ferner dürfte sich m.E. für das öffentliche Recht im allgemeinen und das hier behandelte Problem falscher Rechtsmittelbelehrungen und ihrer Folgen im besonderen eine nähere Betrachtung der Möglichkeiten einer Übernahme und des Ausbaus des Schutzes des guten Glaubens ergiebig zeigen, dessen Herleitung aus dem “allgemeinen Rechtsstaatsgebot”³⁹ des Art. 4 BV für die Belange des öffentlichen Rechts keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereiten sollte und der z.B. als Grund zu Fristwiederherstellungen m.E. noch vermehrt zum Tragen gebracht werden könnte, wo es an gesetzlichen Regeln noch mangeln sollte⁴⁰.

Ohne das Problem in extenso weiter zu erörtern, ist m.E. zumindest festzuhalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben zur Begründung der Beseitigung nachteiliger Folgen falscher Rechtsmittelbelehrungen nicht als einziges herangezogen werden kann und dass andere Wege dafür beschritten werden müssen⁴¹.

Schon bei der Betrachtung des Ansatzpunktes einer Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben ins öffentliche Recht im rechtlich erheblichen Sachbereich der Rechtspflege zeigt sich m.E. mit aller Deutlichkeit, dass die Warnung vor den Gefahren solcher Ausdehnung, die im allgemeinen Teil ausgesprochen worden ist⁴², keineswegs aus der Luft gegriffen ist und ernst genommen werden sollte⁴³.

36 Verwirrend in diesem Zusammenhange auch Sameli, wo bezüglich des Problems fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung, aber nicht nur dort, in einem Zuge vom Grundsatz von “Treu und Glauben als Rechtsmissbrauchsverbot” und auch noch vom Schutz des guten Glaubens die Rede ist; vgl. Sameli, S. 303.

37 Vgl. dazu die in Anm. 34 auf S. 213 hervorgehobenen Entscheidungen. Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit hat das Bundesgericht in einem neuesten Entscheid und im Sinne einer “Zusammenfassung der Rechtsprechung” (vgl. den Ingress des Urteils) zum Problem unrichtiger Rechtsmittelbelehrungen und ihrer Behandlung Stellung genommen; vgl. das Urteil in BGE 106 Ia 13 ff.; vgl. übrigens in diesem Zusammenhang auch noch unten S. 258 ff., Ziff. 2.

38 Vgl. zur formellen Rechtsverweigerung und dem Anspruch auf rechtliches Gehör ausführlicher Saladin, Fairness, S. 43 ff.

39 Vgl. in diesem Sinne über Art. 4 BV Saladin, Fairness, S. 66.

40 In diesem Sinne spricht auch BGE 72 I 81 von der Guttheissung einer Beschwerde “nach Massgabe der Grundsätze, die für die Wiederherstellung gegen Fristversäumnis sprechen”.

41 Auf die Notwendigkeit, anstelle der Überdehnung eines Prinzips möglicherweise eine andere Begründung suchen zu müssen, ist allgemein schon oben S. 99, nach Anm. 27, hingewiesen worden.

42 Vgl. dazu oben S. 31/2, lit. b.

43 Vgl. dazu bezüglich des Prinzips von Treu und Glauben auch noch unten S. 219 ff., lit. c.

5. Die Übertragung des zivilrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben ins öffentliche Recht

a) Bestandesaufnahme zu einzelnen Etappen der Ausdehnung

Der folgende kurze Überblick soll die umfassende Ausbreitung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht belegen, ohne dass dabei die jeweiligen Einzelprobleme und die Berechtigung der Verwendung des Prinzips jedesmal näher untersucht werden. Die Ausdehnung von Treu und Glauben in das gesamte öffentliche Recht hat nämlich schon stattgefunden⁴⁴ und es können daher an die Bestandesaufnahme nur einige, diese Entwicklung in ihrer Gesamtheit würdigende Bemerkungen angefügt werden⁴⁵. Im folgenden sind zunächst einige Belege aus verschiedenen Teilbereichen zusammengestellt.

“Die Geltung im *Zivilprozessrecht* ist heute allgemein anerkannt”⁴⁶, was die zürcherische Zivilprozessordnung von 1976 mit folgenden Worten deutlich ausspricht⁴⁷:

“Alle am Prozess Beteiligten haben nach Treu und Glauben zu handeln.”

Das Bundesgericht hat Treu und Glauben schon im Jahre 1930 als subsidiären Satz kantonalen Prozessrechts anerkannt⁴⁸. Weitere Entscheidungen bestätigen die Anerkennung des Prinzips im Prozessrecht⁴⁹. Hinsichtlich des aus Treu und Glauben abzuleitenden Vertrauensprinzips hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Gerichtsstandsvereinbarung davon gesprochen, es habe im Zivilprozessrecht “sinngemäss”⁵⁰ zu gelten.

Im *Betreibungsrecht* scheint die Positivierung von Treu und Glauben im ZGB beim Bundesgericht über einen gewissen Zeitraum hinweg Bedenken gegenüber der Anwendbarkeit des Prinzips ausgelöst zu haben⁵¹. Wenn das Gericht seine Meinung

44 Vgl. dazu zusammenfassend unten S. 218/19, lit. b.

45 Vgl. dazu unten S. 219 ff., lit. c.

46 Vgl. Merz, N 69 zu ZGB 2; ferner etwa Guldener, S. 188/89 sowie 227; ders., SJZ, S. 389, 405; Hartmann, SJZ, S. 229.

47 Vgl. § 50 Abs. 1 ZPO ZH.

48 Vgl. BGE 56 I 448.

49 Vgl. dazu etwa BGE 62 I 20 (Treu und Glauben zwecks Auslegung einer Gerichtsstands-klausel), 84 I 62 (allgemeine Anerkennung der Geltung im Prozessrecht unter besonderer Bezugnahme auf 83 II 348 ff.) sowie 102 II 16 (allgemeine Anerkennung der Geltung des Prinzips im Prozessrecht).

50 Vgl. BGE 101 Ia 43/4, E. 3.; die Einfügung des Wortes “sinngemäss” bei der Übernahme ins Zivilprozessrecht ist insofern zu begrüßen, als damit deutlich auf die veränderten systematischen Zusammenhänge infolge der Verpflanzung des Grundsatzes aufmerksam gemacht wird. Das Prinzip darf eben in seiner Grundaussage nicht verändert werden.

51 Abgelehnt wurde die Anwendbarkeit von Treu und Glauben etwa in folgenden Urteilen: BGE 40 III 160/61 (Ablehnung für Prozess- und Zwangsvollstreckungsverfahren), 41 III 189 sowie 42 III 85 (in den beiden letztgenannten Urteilen wurden übrigens Treu und Glauben

später auch zu grundlegender Anerkennung des Prinzips im Betreibungsverfahren geändert hat⁵², "behalten gewisse für die Ablehnung ins Feld geführte Gründe ihre Bedeutung"^{53,54}, weil sie der Tatsache der Verpflanzung des Prinzips in eine neue Umgebung⁵⁵ und den damit zusammenhängenden Folgen aus der Existenz eines Systems des Rechts⁵⁶ in einer Weise Rechnung tragen, die m.E. auch für neuere Entscheidungen beachtlich wäre.

"Wie der Zivilrichter ... darf der Strafrichter"⁵⁷ überprüfen, ob beispielsweise ein Angeschuldigter "in guten Treuen hätte annehmen dürfen, die Buchhaltung werde tatsächlich geführt"⁵⁸. Gerade zwecks Bestimmung pflichtgemässer Aufmerksamkeit haben die Vorstellungen von Treu und Glauben auch ins *Strafrecht* Eingang gefunden. Vom "Grundsatz von Treu und Glauben, der im *Strafprozess* ebenfalls gilt"⁵⁹, spricht das zürcherische Kassationsgericht, wobei es um die Annahme eines Verzichts auf die Geltendmachung eines schon in einem früheren Prozessstadium klar erkannten Verfahrensmangels gegangen ist. Auch in Straf- und Strafprozessrecht kommt demnach der Grundsatz von Treu und Glauben zur Anwendung.

"Den Grundsätzen von Treu und Glauben, die auch für die Steuerbehörden gelten"⁶⁰, muss Nachachtung verschafft werden. In einem Diskussionsvotum anlässlich der 112. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins wird die Geltung des Prinzips für das *Steuerrecht* mit folgenden Worten zusammengefasst⁶¹:

"Beide Teile, Fiskus und Privater, sind im übrigen an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden gemäss anerkannter Rechtsprechung und Lehre."

und Rechtsmissbrauchsverbot wiederum völlig gleichgestellt und die Anwendung des ganzen Art. 2 ZGB im Betreibungsverfahren wurde abgelehnt); vgl. allgemein zu dieser Zurückhaltung auch Hartmann, SJZ, S. 230.

52 Erstmals in BGE 78 III 101, sodann in BGE 79 III 66, E. 1., 85 III 29, E. 3. a), sowie in BGE 94 III 82, E. 4., und 94 I 374.

53 Vgl. Merz, N 69 zu ZGB 2.

54 Vgl. die eingehende Darstellung dieser Bedenken in BGE 40 III 160/61.

55 Vgl. dazu oben S. 31/2, Ziff. 2.

56 Vgl. dazu oben S. 99, nach Anm. 26; ferner S. 100, Ziff. IV.

57 Vgl. BGE 78 IV 30/1; es ging in diesem Prozess um die strafrechtlichen Folgen eines Konkurses und darum, den Urheber solcher Delikte, der sich hinter vorgeschobenen Verwaltungsorganen verbirgt, der Bestrafung zu unterstellen.

58 Vgl. BGE 96 IV 79.

59 Vgl. BIZR 71 (1972) Nr. 16, S. 55; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

60 Vgl. BGE 72 I 81; es ging dabei um eine behördliche Auskunft, die berechtigtes Vertrauen erweckt hatte, was zu einer Wiederherstellung trotz Fristversäumnis Anlass gab.

61 Vgl. Diskussionsvotum Zimmermann zum Thema des Einflusses des Steuerrechts auf das Handelsrecht, in: ZSR 97 II, 1978, S. 577; vgl. ferner allgemein zur Anerkennung der Geltung von Treu und Glauben im Steuerrecht und in den verschiedenen Stadien des Steuerverfahrens Blumenstein, S. 19, mit vielen weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; ferner Hartmann, SJZ, S. 233/34.

Auch im *Sozialversicherungsrecht* wächst die Bedeutung, die dem Grundsatz von Treu und Glauben zugemessen wird⁶². Es stehen dabei die Abänderbarkeit von Verfügungen und wiederum das widersprüchliche Verhalten resp. die fehlerhaften Auskünfte von Behörden im Vordergrund.

Im *Verwaltungsrecht* im allgemeinen ist schon oft mit dem Grundsatz von Treu und Glauben argumentiert worden⁶³. Hauptsächlich ging es dabei um im Behördenverkehr entstandenes, berechtigtes Vertrauen des Bürgers und seine in dessen Folge vorgenommenen Dispositionen⁶⁴. In diesem Zusammenhang kam es zu einer umfassenden Anerkennung des Grundsatzes für den Sachbereich des Verwaltungsrechts, wofür stellvertretend folgende Sätze eines bundesgerichtlichen Urteils wiedergegeben seien⁶⁵:

“Selon la jurisprudence, le principe de la bonne foi, figurant à l’art. 2 al. 1 CC, ne s’applique pas seulement au droit civil, mais vaut aussi, comme principe général, en droit administratif (...). Il protège, sous certaines conditions, l’administré qui a réglé sa conduite d’après les déclarations ou le comportement de l’autorité.”

In Anbetracht des umfangreichen Fallmaterials lässt sich tatsächlich sagen⁶⁶:

“Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Grundsatz von Treu und Glauben, wie er in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankert ist, auch im Verwaltungsrecht zu beachten ... Eine (selbst unrichtige) Auskunft oder Zusicherung, welche eine Behörde dem Bürger erteilt und auf die er sich verlassen hat, ist *unter gewissen Umständen* bindend.”

Diese gewissen Umstände, auf die das Bundesgericht hinweist, damit es zur Verbindlichkeit falscher behördlicher Auskünfte und Zusagen kommen kann, sind in

62 Vgl. dazu den im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatz von Egli mit vielen Beispielen aus der Gerichtspraxis.

63 Vgl. dazu auch schon oben S. 213/14, lit. b.

64 Vgl. dazu eingehend den im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatz von Gueng zum Problem der Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen.

65 Vgl. BGE 101 Ia 330, E. 6. a). Im gleichen Sinne auch etwa die folgenden Entscheide, ohne dabei eine vollständige Aufzählung aller diesbezüglichen Urteile anzustreben: BGE 88 I 148 (“Grundsatz von Treu und Glauben, an den sich auch die Verwaltung zu halten hat”), 89 I 435 (“Toutefois, les rapports entre l’administration et l’administré sont soumis au principe de la bonne foi”), 94 I 351 (“nach dem auch im Verwaltungsrecht zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben”), 95 I 126, E. 4. b) (“il principio della buona fede, cui sottostanno anche i rapporti del diritto amministrativo”); ferner auch BGE 96 I 621, E. 2. c), sowie 99 Ib 101, E. 4.

66 Vgl. BGE 96 I 15, E. 2.; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

der Arbeit von U. Gueng detailliert dargestellt⁶⁷ und vom Bundesgericht nach Massgabe dieser Arbeit weitgehend übernommen worden⁶⁸. Im vorliegenden Zusammenhang brauchen sie nicht wiederholt zu werden. Es sei nur nochmals daran erinnert, dass Treu und Glauben allein nicht die Verbindlichkeit solcher Auskünfte oder Zusagen zu bewirken vermag, sondern dass mit Hilfe dieses Prinzips m.E. nur festgestellt werden kann, ob der betroffene Bürger der falschen Auskunft vertrauen durfte und konnte. Treu und Glauben vermag also nur zur Ermittlung einer der tatbeständlichen Voraussetzungen für das Fortbestehen fehlerhafter behördlicher Äusserungen beizutragen. Die Rechtsfolge der ausnahmsweisen Verbindlichkeit der betreffenden Auskunft muss auf andere Weise begründet werden⁶⁹. In Frage käme neben anderen Möglichkeiten m.E. auch ein für das öffentliche Recht wohl auf Art. 4 BV zu gründender Schutz des guten Glaubens der betroffenen Einzelperson⁷⁰.

Selbst in *staatsrechtlichen* Belangen ist schon die Frage nach den Anforderungen des Grundsatzes von Treu und Glauben aufgeworfen worden. So ist etwa schon – um ein Beispiel zu nennen – eine Volksinitiative auf Gemeindeebene im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben geprüft worden⁷¹. Ob dabei nicht besser mit den besonderen staatsrechtlichen Mitteln argumentiert werden sollte, soll hier ausdrücklich offengelassen bleiben.

b) Treu und Glauben als Grundsatz auch des gesamten öffentlichen Rechtes

Die Bestandesaufnahme zeigt, dass das Bundesgericht nicht ohne Grund schon 1953 sagte, das Prinzip von Treu und Glauben werde “immer mehr auch im öffentlichen Recht anerkannt”⁷². Diese Anerkennung hat sich seither im weitesten nur denkbaren Sinne vollzogen. Seit seiner Verankerung für öffentlich-rechtliche Belange in Art. 4 BV⁷³ wird häufig unter Verwendung des Grundsatzes gearbeitet, ohne noch viele Worte über den Grund seiner Geltung zu verlieren⁷⁴. So lesen wir denn am Anfang der Erwägungen eines bundesgerichtlichen Urteils neueren Datums den lapidaren Satz⁷⁵:

67 Vgl. dazu den Hinweis auf diese Arbeit oben S. 217, Anm. 64.

68 Vgl. dazu BGE 99 Ib 101/02, E. 4., unter mehrfacher Bezugnahme auf die Arbeit von Gueng.

69 In diesem Sinne schon bezüglich falscher Rechtsmittelbelehrungen oben S. 213/14, nach Anm. 35.

70 In diesem Sinne schon oben S. 214, nach Anm. 38.

71 Vgl. dazu BGE 94 I 125/26.

72 Vgl. BGE 79 III 66.

73 Vgl. ausführlicher zu dieser Verankerung unten S. 248/49, Ziff. 2.

74 Vgl. dazu etwa BGE 101 Ia 333 ff.

75 Vgl. BGE 103 Ia 508.

“Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen und namentlich im Verwaltungsrecht.”

So ist es heute keine Frage mehr, ob der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht gelte. Sie ist nämlich von Lehre⁷⁶ und Rechtsprechung⁷⁷ endgültig in bejahendem Sinne beantwortet worden. “Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt freilich auch im öffentlichen Recht”⁷⁸; von der erkenntnistheoretischen Ursache aber, die Wesentliches zur Erklärung dieser Einsicht beiträgt, wird noch zu sprechen sein⁷⁹. Zunächst seien noch einige abschliessende Bemerkungen zur Ausdehnung des Prinzips über seinen angestammten Sachbereich hinaus erlaubt.

c) Kritische Würdigung der Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben ins öffentliche Recht

Solange den allgemeinen Bedenken gegenüber solcher Ausdehnung über den angestammten Sachbereich hinaus Rechnung getragen wird, ist die Erweiterung der Anwendung von Treu und Glauben unbedenklich⁸⁰. Der gesamte systematische Zusammenhang muss bei der Verwendung von Treu und Glauben in einem weiteren Rechtsgebiet beachtet werden, wobei dem Zusammenspiel mit den Prinzipien und den weiteren Grundelementen gerade dieses neuen Rechtsgebietes besondere Beachtung zu schenken ist⁸¹. Zugleich muss der Grundgedanke des Prinzips von Treu und Glauben gewahrt bleiben, auf dass es seine inhaltliche Kohärenz und damit seine Grundsatzqualität nicht verliere⁸². Diesen Forderungen wird m.E. nicht immer in voller Konsequenz nachgekommen, wenn von Treu und Glauben im öffentlichen Recht Gebrauch gemacht wird. Auf einige Beispiele dafür ist schon

76 Vgl. anstelle vieler die im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsätze von Sameli und Picot.

77 Dafür soll der Hinweis auf die vielen im vorangehenden Kontext berücksichtigten Urteile genügen.

78 Vgl. BIZR 62 (1963) Nr. 64, S. 162.

79 Vgl. dazu unten S. 233, lit. e.

80 Vgl. zu den genannten Bedenken oben S. 31/2, Ziff. 2.; ferner S. 99, bei Anm. 26.

81 In vorbildlicher Weise bemüht sich Picot, S. 179 ff., den Grundsatz von Treu und Glauben den folgenden Prinzipien oder allgemeinen Rechtsgedanken des öffentlichen Rechts gegenüberzustellen: dem Legalitätsprinzip mit seinen besonderen Auswirkungen für das Gewicht von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, dem Gedanken des öffentlichen Interesses, der Rechtssicherheit, dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 4 BV sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Rückwirkungsverbot von (belastenden) Gesetzen. Um die Verhältnisse innerhalb der dadurch offengelegten Spannungsfelder auszuloten, bliebe m.E. noch sehr viel zu tun. Vgl. im übrigen Allgemeines zum Zusammenspiel der Prinzipien im System oben S. 98/9, lit. B.

82 Vgl. zum Grundgedanken des Prinzips von Treu und Glauben oben S. 158/59, lit. b, sowie S. 159, Ziff. V.; ferner auch S. 177, vor Anm. 27.

hingewiesen worden⁸³. Die entscheidende Ursache dafür, dass dem Grundsatz von Treu und Glauben selbst nicht unmittelbare Rechtsfolgen – wie etwa die Verbindlichkeit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrungen – entnommen werden können, wird demnächst zur Sprache kommen⁸⁴.

Die Folgen des Einflusses neuer Systemelemente sollen in kurzen Worten beispielhaft verdeutlicht werden: So beschlägt die materielle Rechtskraft hinsichtlich der beurteilten Sache auch ein etwaiges Verhalten wider Treu und Glauben der Parteien im betreffenden Prozess⁸⁵. Diese Folgerung aus der neuen Umgebung des nunmehr verpflanzten Prinzips erscheint selbstverständlich. Des weiteren würde wohl niemand behaupten, im Falle einer Anwendung des Prinzips im Strafrecht liesse sich mittels Treu und Glauben der andere und wichtigste Grundsatz des Strafrechts “nulla poena sine lege”⁸⁶ wegargumentieren. In gleicher Weise darf aber die verlockend schön klingende Bezeichnung “Treu und Glauben” nicht dazu verführen, dieses Prinzip bei seiner generellen Ausdehnung ins öffentliche Recht im neuen systematischen Zusammenhang nicht immer wieder am richtigen Platz einzuordnen. Auch Vermengungen mit dem Begriff des guten Glaubens und seinem Schutz sollten fügsam vermieden werden. Wo dieser Begriff zur eigentlichen Lösung benötigt würde, darf der Aufwand nicht gescheut werden, dessen Geltung für das öffentliche Recht neu herzuleiten und zu begründen. In solchen Fällen darf nicht mit Treu und Glauben argumentiert werden, weil auf diese Weise die Aussage des Grundsatzes verwässert würde⁸⁷. Anstatt Treu und Glauben zum hohlen Gefäss zu machen, in das man nach Belieben greifen könnte, und zum allgemeinen Rechtsgedanken absinken zu lassen, wären vielleicht im einen oder anderen Falle neue Bezeichnungen und Begründungen für dasjenige, wovon gesprochen wird, angebracht und der Sache angemessener. Denn auch im öffentlichen Recht muss bedacht werden, dass es *kein Superprinzip* namens *Treu und Glauben* geben kann⁸⁸.

Es wäre schade, wenn hie und da anzutreffende Tendenzen zu begrifflicher und inhaltlicher Verwirrung so weit führen würden, die Errungenschaften wissenschaftlicher Arbeit grosser Privatrechtler, die bei der Erforschung von Treu und Glauben erlangt worden sind, zu übergehen und den Grundsatz selber so weit zu abstrahieren, dass er den hier vertretenen Begriff des Rechtsprinzips nicht mehr erfüllt und nur

83 Vgl. dazu oben S. 213/14, lit. b, sowie S. 218, nach Anm. 68.

84 Vgl. dazu unten S. 237/38, lit. b, bes. S. 237, vor und in Anm. 190.

85 Vgl. dazu Guldener, S. 387, bes. Anm. 96: “Der Einrede der abgeurteilten Sache kann nicht mit Erfolg die replicatio doli entgegengehalten werden.”

86 Vgl. die ausdrückliche Positivierung dieses Grundsatzes in Art. 1 StGB: “Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.”

87 Im Privatrecht besteht heute die glückliche Lage, dass die Unterscheidung zwischen Treu und Glauben und gutem Glauben (sowie seinem Schutz) auf gefestigtem Boden steht; vgl. dazu ausführlicher unten S. 252 ff., lit. B.

88 Vgl. zu den Gründen, die zur Ablehnung eines oder mehrerer allumfassender Superprinzipien führen müssen, oben S. 100, Ziff. IV.

noch als wohlklingender, aber nicht mehr konkretisierbarer allgemeiner Rechtsgedanke fortbestünde.

Im übrigen muss auch die Konkretisierung von Treu und Glauben im Falle der Verpflanzung ins öffentliche Recht im Rahmen der neuen und jeweils besonderen Verhältnisse in richtiger Form ablaufen⁸⁹.

Zum Schluss sei noch in Erinnerung gerufen, dass die fehlende Unterscheidung der Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB auch in jenen Urteilen oft anzutreffen ist, die noch von einer Übertragung von Treu und Glauben aus dem Zivilrecht in den Bereich des öffentlichen Rechts ausgehen⁹⁰. Es ist schon ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass dieser Mangel nicht jedesmal wiederholt wird, wenn er auftritt⁹¹. Bei späteren Urteilen, die Treu und Glauben im öffentlichen Recht losgelöst vom privatrechtlichen Ursprung zur Anwendung bringen, ist solche Vermischung von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot seltener anzutreffen, was sich v.a. in der Wahl der sprachlichen Mittel niederschlagen hat.

6. Abschliessende Bemerkungen; Treu und Glauben als Grundsatz beider grosser Sachbereiche des Rechts

Die gesamte Rechtsordnung eines Staates lässt sich unter anderem in privates und öffentliches Recht einteilen⁹². Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein solcher des gesamten (schweizerischen) Privatrechts⁹³. Es gibt Ansatzpunkte für eine Ausdehnung des Prinzips ins öffentliche Recht in Sachbereichen, welche die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht beidseitig überschreiten⁹⁴. Obwohl Treu und Glauben dem Privatrecht entstammt, zeigt eine Bestandesaufnahme⁹⁵, dass der Grundsatz heute auch im gesamten öffentlichen Recht der Schweiz zur Verwendung gelangt⁹⁶. Gegen diese Ausdehnung ist nichts einzuwenden, sofern und solange die sich insbesondere aus dem Systemgedanken des Rechts ergebenden Folgerungen tatsächlich und konsequent gezogen werden und der

89 Vgl. zur Form der Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben ausführlich unten S. 267 ff., § 20.

90 In diesen Urteilen wird dann dementsprechend häufig von einer Anwendung des Art. 2 ZGB als Ganzem im öffentlichen Recht gesprochen.

91 Vgl. dazu oben S. 204/05, Ziff. V., bes. S. 205, lit. B.

92 Vgl. dazu oben S. 29/30, Ziff. 2.

93 Vgl. dazu oben S. 210/11, Ziff. 2., sowie S. 211/12, Ziff. 3. Da in der vorliegenden Arbeit nur das schweizerische (Privat-)Recht betrachtet wird, lässt sich unter dem Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche nichts über den Grundsatz von Treu und Glauben in ausländischen Rechten aussagen; dies wird sich auf Grund eines anderen Einteilungskriteriums nebenbei ergeben: vgl. dazu unten S. 233, Anm. 165.

94 Vgl. dazu oben S. 212 ff., Ziff. 4.

95 Vgl. dazu oben S. 215 ff., lit. a.

96 Vgl. dazu oben S. 218/19, lit. b.

Grundgedanke von Treu und Glauben und damit seine Grundsatzqualität gewahrt bleibt. Diesen Notwendigkeiten ist in der bisherigen Entwicklung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht m.E. nicht immer vollständige Nachachtung verschafft worden⁹⁷.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass – mit den wenigen angebrachten Vorbehalten – Treu und Glauben als *Grundsatz der beiden grossen Sachbereiche* der Rechtsordnung bezeichnet werden kann. Der tiefere Grund dieser Einsicht wird erst bei der Betrachtung des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB unter einem erkenntnistheoretischen Einteilungskriterium für Rechtsgrundsätze ersichtlich werden⁹⁸.

B. Das Kriterium der Erkenntnisgrundlagen zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben

1. Einleitende Bemerkungen

Das Einteilungskriterium für Rechtsprinzipien, welches jetzt nutzbar gemacht werden soll, lenkt die Aufmerksamkeit nicht auf normhierarchische Zuordnungsprobleme, sondern ausschliesslich auf die Herleitung des Geltungsanspruches oder mit einem Wort auf den Geltungsgrund von Treu und Glauben⁹⁹. Das Prinzip von Treu und Glauben soll nach seinen Erkenntnisgrundlagen in unserer Epoche und für unser Recht befragt werden.

2. Treu und Glauben als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip

a) Das Gesetz als Erkenntnisgrund für Treu und Glauben

Als Erkenntnisgrundlage eines Prinzips vermag das positive Recht zu genügen¹⁰⁰. Dabei kann zwischen ausdrücklich positivierten und der ratio legis teilhaftigen Prinzipien unterschieden werden¹⁰¹.

Soweit es um die Geltung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht geht, könnte man versucht sein, den Erkenntnisgrund des Grundsatzes in Art. 4 BV oder anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu suchen und den Grundsatz als der ratio legis teilhaftigen zu bezeichnen. Das wäre unter dem jetzigen Einteilungs-

97 Vgl. dazu oben S. 219 ff., lit. c.

98 Vgl. dazu unten S. 233, lit. e.

99 Vgl. dazu allgemein oben S. 32, lit. A.

100 Vgl. zum Anknüpfungspunkt des Enthaltenseins oben S. 37, Ziff. 1.

101 Vgl. dazu oben S. 37/8, Ziff. 2., sowie S. 38, Ziff. 3.

kriterium der falsche Weg. Art. 4 BV hat nur eine Bedeutung hinsichtlich des für die praktische Anwendung nötigen Begründungszusammenhanges von Treu und Glauben in den Belangen des öffentlichen Rechts¹⁰². Der Weg zur Anerkennung des Grundsatzes im öffentlichen Recht führte über eine Übertragung der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB¹⁰³. Stellvertretend für sehr viele ähnliche Formulierungen des Bundesgerichts sei zur Bekräftigung der Tatsache, dass Treu und Glauben aus dem ZGB ins öffentliche Recht übertragen worden ist, die folgende Äusserung unseres höchsten Gerichtes zu den Vorbringen des damaligen Klägers wiedergegeben¹⁰⁴:

“Il se prévaut du principe de la bonne foi en droit administratif
découlant de l’art. 2 al. 1 CC.”

Unbesehen heutiger anderweitiger Herleitung des Prinzips hat demnach für das öffentliche Recht, wie zuvor für das Privatrecht, Art. 2 Abs. 1 ZGB die Erkenntnisgrundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben abgegeben.

Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält unbestrittenermassen und ausdrücklich den Grundsatz von Treu und Glauben¹⁰⁵, so dass ohne weitere Erwägungen der Schluss gezogen werden kann, Treu und Glauben sei ein in der geltenden Rechtsordnung ausdrücklich *enthaltenes Prinzip*. Weil “der Bundesgesetzgeber das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ... zur ausdrücklichen allgemeinen Gesetzesnorm erhob”¹⁰⁶, sagt das zürcherische Obergericht zu Recht, dass “das Prinzip von Treu und Glauben der ganzen Rechtsordnung immanent ist”¹⁰⁷. Diese Immanenz drückt nichts anderes aus, als dass “die Bestimmung über Treu und Glauben im Gesetze enthalten ist”¹⁰⁸. Somit liefert schon die geltende Rechtsordnung selbst einen genügenden Erkenntnisgrund des Prinzips von Treu und Glauben. Treu und Glauben ist ein normatives Prinzip, ein Rechtsprinzip im materiellen Sinne¹⁰⁹.

102 Vgl. dazu ausführlicher unten S. 248/49, Ziff. 2.

103 Vgl. dazu oben S. 215 ff., Ziff. 5., bes. die S. 217, nach Anm. 65, und S. 217, nach Anm. 66, zitierten Ausschnitte aus bundesgerichtlichen Urteilen.

104 Vgl. BGE 102 II 58, E. 2.; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden. Im übrigen zeigte sich auch in diesem Entscheid die Bedeutung eines Begründungszusammenhanges mit dem geltenden Recht für die praktische Verwendbarkeit von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, worauf noch zurückzukommen sein wird.

105 Vgl. dazu schon in anderem Zusammenhang oben S. 177, Ziff. 2.

106 Vgl. BGE 83 II 349/50.

107 Vgl. BIZR 67 (1968) Nr. 38, S. 150.

108 Vgl. Bürgi, S. 119.

109 Vgl. zu dieser Terminologie oben S. 39, lit. a.

b) Treu und Glauben als Generalklausel

Gesetzesnormen, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ausdrücklich enthalten, sind Generalklauseln¹¹⁰. Da der Gesetzestext in Art. 2 Abs. 1 ZGB unzweideutig und ausdrücklich die Erkenntnisgrundlage zur Qualifizierung von Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz abgibt, handelt es sich bei der in diesem Absatz des Gesetzesartikels enthaltenen Aussage um ein *ausdrücklich positiviertes Prinzip*¹¹¹. Art. 2 Abs. 1 ZGB ist aus diesen Gründen eine *Generalklausel* des schweizerischen Rechts. Die Ausdrücke Grundsatz von Treu und Glauben und Generalklausel von Treu und Glauben oder von Art. 2 Abs. 1 ZGB sind daher ohne Verwechslungsgefahr frei austauschbar¹¹².

Aus einer streng dogmatischen Sicht ist damit die Berechtigung der Bezeichnung von Treu und Glauben als Generalklausel nachgewiesen.

c) Das weitere Vorgehen

Da der Erkenntnisakt als solcher auf der Basis der ausdrücklichen Positivierung von Treu und Glauben im ZGB vollständig vollzogen werden kann, reicht das ZGB als Erkenntnisgrund des Prinzips aus¹¹³. Dennoch wird nunmehr eine kurze phänomenologische Analyse des Grundsatzes folgen, zum einen um der Vollständigkeit der Untersuchung willen, zum andern aber, weil im Falle der Bejahung der Vorgegebenheit des Prinzips die Erhellung einiger Schwierigkeiten gelingen könnte, die dem Verständnis ansonsten auf verwinkelten Umwegen zugänglich gemacht werden müssten¹¹⁴.

3. Indizien für die Vorgegebenheit von Treu und Glauben

a) Allgemeines

Bezüglich Treu und Glauben sind in Lehre und Rechtsprechung mannigfaltige sprachliche Wendungen anzutreffen, die als Hinweise auf eine Vorgegebenheit des Prinzips gewertet werden können. Es ist nicht Ziel der nachfolgenden Ausführungen, einen abschliessenden oder auch nur repräsentativen Katalog solcher Äusserungen zusammenzustellen. Zudem bleiben jegliche Tendenzen zu naturrechtlichen Über-

110 Vgl. dazu oben S. 39, lit. b.

111 Vgl. allgemein zu den ausdrücklich positivierten Prinzipien oben S. 37/8, Ziff. 2.

112 Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen oben S. 39, nach Anm. 91.

113 Vgl. dazu oben S. 40, Ziff. 1., bes. S. 40, vor Anm. 94; ferner S. 88, Ziff. III.

114 Vgl. dazu unten S. 233, lit. e.

legungen und ihrem Widerpart eines strengen Positivismus ausser Betracht, weil die Vorgegebenheit m.E. auf methodisch davon unabhängigem und gesichertem Boden ermittelt werden kann¹¹⁵.

*b) Äusserungen in der Lehre als Indizien der Vorgegebenheit
des Grundsatzes von Treu und Glauben*

Aus internationaler Sicht gibt *M. Gutzwiller* mit den nachfolgend wiedergegebenen Worten dem Ausdruck, was sich von der methodischen Warte der Phänomenologie aus betrachtet als Vorgegebenheit erweist¹¹⁶:

“Wer an internationalen Konferenztischen einheitliches Recht mitzugestalten hat, wird sich immer wieder frappiert finden von dem Bestande eines in der ‘Substanz’ übereinstimmenden Corpus aus fundamentalen *Prinzipien* wie Vertrag, Delikt, Irrtum, *Treu und Glauben*, Verjährung, höhere Gewalt, ja selbst ‘ungerechtfertigte’ Bereicherung.”

Wie der historische Prolog zum besonderen Teil ergeben hat, war der Grundgedanke von Treu und Glauben – und insbesondere des aus heutiger Sicht daraus abzuleitenden Vertrauensprinzips – im Vertragsrecht seit den Römern unausgesprochen und mit grösserer oder kleinerer Anerkennung immer irgendwie gegenwärtig¹¹⁷. Wenn daher aus heutiger Sicht gesagt wird: “Das Vertrauensprinzip ‘scheint geradezu von jeher den Juristen vorgeschwebt zu haben’¹¹⁸”, darf dies ohne Übertreibung als Hinweis auf die Vorgegebenheit von Treu und Glauben gedeutet werden. Wenn Treu und Glauben tatsächlich “einen im gesamten Rechtsleben wirksamen Rechtsgrundsatz, dessen Geltung im Grunde von den gesetzlichen Formulierungen ... unabhängig ist”¹¹⁹, darstellt, wenn es sich dabei um “einen in der neueren Rechtsentwicklung überall anerkannten allgemeinen Grundsatz”¹²⁰ handelt, und wenn “die überpositive Bedeutung der Norm”¹²¹ nachgewiesen werden kann, dürfte der Weg zur Qualifizierung des Grundsatzes als vorgegebenen geebnet sein¹²².

115 Vgl. dazu allgemein oben S. 32/3, Ziff. 1.; sodann bezüglich Treu und Glauben im besonderen unten S. 228 ff., Ziff. 4.

116 Vgl. Gutzwiller, S. 21; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

117 Vgl. dazu oben S. 148 ff., Ziff. II.

118 Vgl. Simonius, S. 250.

119 Vgl. Soergel-Siebert-Knopp, N 1 zu § 242 BGB.

120 Vgl. Reichel, S. 9/10.

121 Vgl. Merz, N 72 zu ZGB 2.

122 Vgl. im übrigen zu weiteren Formulierungen, die im Umfeld von vorgegebenen Prinzipien angetroffen werden können, oben S. 34, bei Anm. 46, 47 und 48.

Diese Hinweise auf Formulierungen in der Rechtswissenschaft mögen genügen. Werfen wir noch einen Blick auf einige Ausdrucksweisen in der Spruchpraxis, die als Anzeichen für die Vorgegebenheit von Treu und Glauben zu dienen geeignet sind.

c) Äusserungen in der Rechtsprechung als Indizien der Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben

In einem Urteil über die Tragweite des Art. 4 BV hat das Bundesgericht im Jahre 1880 festgestellt, dass der erste Satz dieser Verfassungsbestimmung "als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen"¹²³ sei. Damit hat es m.E. schon vor hundert Jahren die Möglichkeit der Existenz sachbereichs-unabhängiger und von vornherein geltender Prinzipien anerkannt.

Auf die Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben als "*Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre*"¹²⁴ deuten etwa die nachfolgend zusammengestellten Formulierungen aus Gerichtsurteilen hin^{125,126}:

"Es ist ein Grundsatz des neuern Obligationenrechtes *bei allen gebildeten Völkern*, alle obligatorischen Verhältnisse nach den Grundsätzen der bona fides zu beurteilen."

"Dagegen unterliegt die Anhebung einer derartigen Klage, *wie jede Rechtsausübung*, der allgemeinen Regel, dass sie nicht gegen Treu und Glauben erfolgen darf."

Sofern Treu und Glauben "ein allgemeiner Grundsatz" ist, "der in Art. 2 Abs. 1 ZGB für das Gebiet des Bundeszivilrechts aufgestellt ist und nach der Rechtsprechung und Lehre auch ohne ausdrückliche Vorschrift auf weiteren Rechtsgebieten gilt"¹²⁷, kann man tatsächlich verallgemeinernd sagen, es handle sich um den "für

123 Vgl. BGE 6, S. 173.

124 Vgl. Merz, N 64 zu ZGB 2.

125 Vgl. für das erste der folgenden Zitate BIZR 26 (1927) Nr. 55, S. 138. Die etwas altertümliche und enthusiastische Formulierung soll nicht davon ablenken, dass der Grundgedanke des Grundsatzes von Treu und Glauben in seiner seit den Römern aktuellen Bedeutung angesprochen ist; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

126 Vgl. für das zweite der folgenden Zitate BGE 55 II 279. Es ging in diesem Fall um die Anhebung einer Patentnichtigkeitsklage, wobei die Tatsache, dass die Klage vom Patentveräusserer resp. seinem Strohmann angestrengt wurde, die Streitfrage tatsächlich zu einer reinen Auslegungsfrage hinsichtlich der Bindungen aus dem Veräusserungsvertrag, die nach Treu und Glauben bestanden hatten, macht und das Urteil überflüssigerweise mit der Einrede der Arglist argumentiert; vgl. dazu Merz, N 267, 546 und 565 zu ZGB 2. Die Hervorhebung im Zitat ist auch hier vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

127 Vgl. BGE 94 I 520, E. 4. a), unter Bezugnahme auf Merz, N 68 ff. zu ZGB 2.

das Rechtsleben massgebenden Grundsatz von Treu und Glauben”¹²⁸. Wenn der Grundsatz tatsächlich *für das ganze Rechtsleben* schlechthin gelten soll, darf m.E. darin ein gewichtiger Hinweis auf seine Vorgegebenheit gesehen werden. Wenn zudem “auf den Grundsatz von Treu und Glauben als Schranke aller Rechtsausübung”¹²⁹ abgestellt wird, steht hinter dieser Formulierung offenbar die Überzeugung, es mit einem Prinzip aller Rechtslehre überhaupt zu tun zu haben. In gleicher Weise sagt das Kassationsgericht des Kantons Zürich, Treu und Glauben sei “ein Grundsatz allgemeiner Art, eine ‘Schranke aller Rechtsausübung’”¹³⁰.

In dem Entscheid 83 II 348 ff., in welchem das Bundesgericht in bisher ausführlichsten Erwägungen zu den grundlegenden Aspekten des Art. 2 ZGB Stellung genommen hat¹³¹ und auf den deshalb in dieser Arbeit mehrfach verwiesen wird, finden sich die folgenden, m.E. klar auf eine Vorgegebenheit aller Aussagen von Art. 2 ZGB hinweisenden Sätze über die in diesem Gesetzesartikel enthaltene sog. “Grundregel”¹³²:

“Diese war schon längst vor Erlass des schweizerischen ZGB als Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre anerkannt und wurde als Gewohnheitsrecht oder gestützt auf mehr oder weniger weit gefasste gesetzliche Bestimmungen angewendet sowohl im Gebiete des Privatrechts wie auch in andern Rechtsgebieten.” ...
 “Es ist irrig, wenn der Kläger daraus, dass Art. 2 ZGB als formelle Gesetzesnorm nur für das eidgenössische Zivilrecht aufgestellt worden ist, etwas gegen die Anwendung der in ihm enthaltenen, der allgemeinen Rechtslehre angehörenden Norm als solcher auf andern Rechtsgebieten folgern will.”

In der gesichteten Judikatur sind das, bezogen auf den Grundsatz von Treu und Glauben, die klarsten Anzeichen für die Vorgegebenheit des Prinzips.

128 Vgl. BGE 38 II 88, E. 2., ebenfalls abgedruckt im Zusammenhang mit dem abweichenden vorinstanzlichen Urteil in BIZR 11 (1912) Nr. 172. Es ging im übrigen um die gleiche Problematik, wie sie in dem in Anm. 126 hiervoor angeführten Entscheid zu beurteilen war; vgl. daher die dortige Skizzierung der Sachlage und auch die dortigen weiteren Hinweise.

129 Vgl. diese Wendung in BGE 45 II 398 sowie 47 II 453.

130 Vgl. BIZR 67 (1968) Nr. 54, unter Bezugnahme auf BGE 45 II 398 sowie 83 II 349. Es handelt sich dabei um ein hervorragendes Beispiel richtiger Einordnung des Prinzips von Treu und Glauben in die systematischen Zusammenhänge des Zivilprozessrechts, indem erkannt worden ist, dass die unter besonderen Umständen bestehende und auch aus Treu und Glauben herzuleitende Pflicht zur Bekanntgabe von Beweismitteln das Zeugnisverweigerungsrecht nicht zu beschränken vermag, weil letzteres dadurch ansonsten illusorisch gemacht würde.

131 In diesem Entscheid wurde freilich wiederum ganz generell von Art. 2 ZGB gesprochen, ohne zwischen Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs zu unterscheiden. Deshalb wird auch bei der Untersuchung der Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbotes auf ihn hinzuweisen sein.

132 Vgl. BGE 83 II 349 und 351; die zitierten Ausschnitte werden im gegenwärtigen Zusammenhang des Kontextes *ausschliesslich* auf das Gebot von Treu und Glauben bezogen.

Zu guter Letzt sei angesichts der Tatsache, dass auch das Bundesgericht die Existenz unzweifelhaft feststehender völkerrechtlicher Prinzipien von jeher anerkennt¹³³, darauf hingewiesen, dass *Hugo Grotius*, ein Klassiker des Völkerrechts, Treu und Glauben mehrfach und meist unter Berufung auf römischrechtliche Quellen als Massstab vor allem völkerrechtlicher Verträge verwendet¹³⁴ und dies offenbar als vorgegebene Notwendigkeit betrachtet, um aus Kriegszuständen zu dem zu gelangen, was heute friedliche Koexistenz genannt würde.

d) Das weitere Vorgehen

Die Ausbreitung verschiedener Indizien für die Vorgegebenheit von Treu und Glauben aus Lehre und Rechtsprechung hatte zweierlei Zwecke: Erstens sollte gezeigt werden, dass es solche Hinweise gibt und eine Untersuchung der Vorgegebenheit des Grundsatzes nicht zusammenhangslos im luftleeren Raum steht; zweitens aber rechtfertigt, ja verlangt der blosser Hinweischarakter der aufgeführten Beispiele eine nähere Prüfung, ob Treu und Glauben nun vorgegeben sei, um die diesbezüglichen Äusserungen auf sicheren Grund zu stellen. Diese Analyse hat nunmehr zu geschehen, wobei der Pfad der phänomenologischen Methode beschritten werden soll.

4. Treu und Glauben als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip

a) Die menschliche Verbundenheit als vorgegebener Ausgangspunkt der phänomenologischen Analyse

Zweck allen Rechts ist die Ordnung der menschlichen Lebensverhältnisse¹³⁵. Der Ausgangspunkt rechtswissenschaftlicher Betrachtung ist daher "das zu Ord nende und nicht die in Regeln dargestellte Ordnung"¹³⁶. Das gilt auch für eine

133 Vgl. dazu etwa BGE 8, S. 57 (... "mit dem unzweifelhaft feststehenden Grundsatz der Verbindlichkeit derartiger, ..., Verträge, welcher als feststehendes völkerrechtliches Prinzip billig nicht bezweifelt werden sollte, offenbar unvereinbar;" ...). Es ging im betreffenden Fall um den Grundsatz, dass Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), und dessen Grenzen bezüglich einer zwischen Kantonen eingegangenen Staatsdienstbarkeit; vgl. dazu auch Merz, N 206 und 337 zu ZGB 2.

134 Vgl. dazu Grotius, S. 260, Ziff. V.; S. 549 ff., 19. Kap. des 3. Buches; S. 574, Ziff. 3. und 4.

135 Vgl. allgemein zu den unerlässlichen Pfeilern, auf denen eine Rechtsordnung ruht, oben S. 49/50, lit. A., sowie S. 50/1, lit. B.

136 Vgl. Troller, S. 62. Dieses zu Ord nende ist dem Recht und jeder rechtlichen Betrachtungsweise daher vorgegeben; vgl. dazu schon oben S. 33, bei Anm. 42.

Analyse von Treu und Glauben, weil es sich dabei um eine Rechtseinrichtung handelt¹³⁷. Anfängliches Teilelement der Lebensverhältnisse ist der einzelne Mensch; er "ist der Rechtsordnung und damit auch der Rechtswissenschaft vorgegeben"¹³⁸. Ohne Mensch braucht es gar keine und gibt es keine Rechtsordnung. Der Mensch lebt jedoch nicht nur als Individuum, sondern in vielerlei zwischenmenschlichen Beziehungen mit anderen Menschen¹³⁹. "Die so verstandene Eigenständigkeit der Allgemeinheit"¹⁴⁰ und die ihr entsprechenden zwischenmenschlichen Beziehungen in all ihrer Mannigfaltigkeit sind dem Recht ebenfalls vorgegeben. Demzufolge ist auch die Tatsache menschlicher Verbundenheit selbst als vorgegebene zu erachten. Die *menschliche Verbundenheit* verlangt nun, weil sie *vorgegeben* ist, die verschiedensten Rechtseinrichtungen¹⁴¹.

b) Die Tätigkeit des Menschen in der Verbundenheit als Vorgegebenes und der ihr entsprechende Begriff der Rechtshandhabung in der Rechtsordnung

Abgesehen von wenigen Ausnahmen¹⁴² steht *menschliches Handeln* im Rahmen der beschriebenen Verbundenheit und hat innerhalb dieses Rahmens immer irgendwelche Auswirkungen. Insofern ist auch das Handeln *in der Verbundenheit vorgegeben*.

All dem hat das Recht Rechnung zu tragen. Es tut dies, indem jedem Ausgangspunkt und jedem Endpunkt des Handelns¹⁴³ in statischer Betrachtung ein *Rechtsstandpunkt* oder eine *Rechtsposition* zugeordnet werden kann¹⁴⁴. Rechtlicher Betrachtung mit Schwerpunkt auf den Abläufen menschlichen Handelns in der Ver-

137 Vgl. zur Rechtseigenschaft von Treu und Glauben oben S. 175/76, Ziff. 1.

138 Vgl. Troller, S. 62; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

139 Vgl. dazu schon oben S. 29, Ziff. 1.; ferner S. 49/50, lit. A., 1. Absatz.

140 Vgl. Troller, S. 86.

141 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit ist etwa an das Personen-, das Familien-, das Sachen-, das Erb- und das Obligationenrecht zu denken; aber auch Staatsordnung und Verwaltungsrecht und vieles andere mehr sind im Gefolge der verschiedensten Muster menschlicher Verbindungen unumgebar vorgegeben.

142 Die Bereiche, innerhalb derer der Mensch vollkommen losgelöst von den Zusammenhängen mit und ohne Auswirkungen auf andere Menschen handelt, sind nicht als allzu gross zu veranschlagen. Sie sind dennoch denkbar und es gibt sie tatsächlich; sie werden aber im folgenden, weil nicht zum Thema der gegenwärtigen Ausführungen gehörig, ausser Betracht bleiben.

143 Die Begriffe des Ausgangs- und des Endpunktes sind natürlich relativ auf einen jeweils betrachteten Zeitraum und einen jeweils interessierenden Handlungsablauf und nicht etwa absolut zu verstehen. Insgesamt ist der Lebensfluss ja immer in Bewegung; vgl. dazu oben S. 40/1, Ziff. 2. Es handelt sich bei den Anfangs- und Endpunkten folglich immer nur um Momentaufnahmen aus dem Lebensstrom.

144 Man könnte auch von *Rechtsstellungen* oder auch von *Rechtslagen* sprechen; vgl. diese Wortwahl z.B. bei Niederhauser, S. 53 ff., Ziff. 6.2.

bundenheit entspricht sodann der Begriff der *Rechtsausübung* oder genauer der *Rechtshandhabung*¹⁴⁵. Der in den Lebenserscheinungen ihrem Wesen nach angelegten und daher vorgegebenen Verbundenheit menschlichen Handelns, mit all ihren Wirkungen, entsprechen aus der Perspektive des Rechts und in seinen Denkformen ausgedrückt entweder Begriffe wie derjenige der Rechtsstellung oder der Rechtsposition, um deren Ausübung es dann geht, oder, unter besonderer Betonung auf dem Element des Handelns in der Verbundenheit als Tätigkeit und mit irgendwelchen (im Moment nicht notwendig näher zu bestimmenden, aber gewiss vorhandenen) Auswirkungen, die Begriffe der Rechtsausübung oder der Rechtshandhabung im weitesten Sinne¹⁴⁶. Insofern entspricht der Begriff der Rechtshandhabung einer ihrem Wesen nach jeder Rechtsordnung vorgegebenen Erscheinungsform. Deshalb gehört er – unter dem einen oder dem anderen Namen – zu “den angemessenen Mitteln” der “Rechtstechnik”¹⁴⁷. Seine Angemessenheit besteht eben darin, dass er dem umschriebenen, in den Lebenserscheinungen Vorgegebenen mit den Mitteln der Rechtstechnik gerecht wird. Insofern ist der Begriff der Rechtshandhabung selbst ein vorgegebener im Sinne eines angemessenen Mittels rechtstechnischer Behandlung der zugehörigen, vorgegebenen Lebenserscheinungen¹⁴⁸.

c) Die im Vorgegebenen angelegte Begrenzung der Rechtshandhabung und ihre Entsprechung im Grundgedanken von Treu und Glauben

Der Begriff der Rechtshandhabung entspricht, wie soeben gesehen, der in ihrer Wesenhaftigkeit vorgegebenen Lebenserscheinungsart des menschlichen Handelns in seiner Verbundenheit. In Anbetracht des Zweckes des Rechts, die zwischenmenschlichen Beziehungen dem Chaos zu entziehen und sie nach dem Masse der Gerechtigkeit und mit dem Ziele der Rechtssicherheit zu ordnen¹⁴⁹, ergeben sich aus der zwingend vorgegebenen Tatsache der menschlichen Verbundenheit¹⁵⁰ für das menschliche Handeln, soweit es in dieser Verbundenheit abläuft¹⁵¹, Begrenzungen, die dem Element der Verbundenheit entspringen und daher der Rechtsordnung

145 Genauer ist die Bezeichnung m.E., weil sie zweifelsfrei die Handhabung von Rechten *und* Pflichten erfasst.

146 Vgl. im übrigen allgemein zur Wesensbetrachtung und zur Wesenserkenntnis oben S. 53/4, lit. b.

147 Vgl. Troller, S. 100.

148 Es kann selbstverständlich dafür auch ein anderer Begriff, wie etwa jener der Rechtsausübung, eingesetzt werden. Vorgegeben ist nur eine – irgendwie benannte – rechtstechnische Entsprechungsform zur ihrem Wesen nach vorgegebenen Lebenserscheinungsweise des menschlichen Handelns in der Verbundenheit und mit seinen Auswirkungen.

149 Vgl. dazu oben S. 49/50, lit. A., und S. 50/1, lit. B.

150 Vgl. dazu oben S. 228/29, lit. a.

151 Vgl. dazu oben S. 229, bei und in Anm. 142.

wiederum vorgegeben sind¹⁵²: Wer in dieser Verbundenheit handelt, kann sich über sie zwar hinwegsetzen; weil er sich dabei aber über die den Lebenserscheinungen inhärente Verbundenheit als einer vorgegebenen Grundstruktur hinwegsetzte, handelte er nicht in Übereinstimmung mit dem Vorgegebenen, was auf der Ebene der Lebensbeziehungen Folgen nach sich zöge¹⁵³. Innerhalb des vorgegebenen Rahmens der Verbundenheit wird folglich normalerweise schon auf der Ebene des Tatsächlichen nach Massgabe dieser Verbundenheit gehandelt werden, wobei zu- meist ein gewisser Spielraum zur Verfügung steht. In der Vorgegebenheit der Verbundenheit der Menschen sind daher auch schon gewisse *Begrenzungen* des Handelns in dieser Verbundenheit *angelegt*. Insofern sind auch diese Begrenzungen der Rechtsordnung im Reiche des Tatsächlichen *vorgegeben*. Es sind demnach mit anderen Worten dem, was in rechtlicher Betrachtungsweise Rechtshandhabung genannt werden kann¹⁵⁴, in den vorgegebenen Lebensverhältnissen angelegte Grenzen gesetzt – Grenzen, die freilich unter Missachtung der vorgegebenen Verbundenheit überschritten werden können¹⁵⁵.

Auf der Ebene des Rechts führt das Handeln in der vorgegebenen Verbundenheit zum Begriff der Rechtshandhabung. Es ist deshalb danach zu fragen, welche Rechts- einrichtung den der vorgegebenen Verbundenheit entspringenden Begrenzungen des Handelns entspricht. Das Recht kann nämlich diese Grenzen, weil sie vorgegeben sind, unmöglich übergehen¹⁵⁶. Welche Rechtseinrichtung unserer geltenden Rechts- ordnung umschreibt nun die vorgegebenen Begrenzungen des Handelns in der menschlichen Verbundenheit mit spezifisch rechtlichen Mitteln? Es ist das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Der Träger seines Grundgedankens einer gewissen, einzuhaltenden Loyalität bei der Rechtshandhabung ist das förmliche Mittel der Rechtstechnik, welches den vorgegebenen Begrenzungen des Handelns in der Verbundenheit entspricht¹⁵⁷. In rechtlicher Betrachtungsweise stellt also der

152 Es sei hier vorbeugend und der sprachlichen Ähnlichkeiten wegen klargestellt, dass das Element menschlicher Verbundenheit als Resultat der phänomenologischen Betrachtung und somit als wesensmässig erkannte Lebenserscheinung gar nichts zu tun hat mit dem Begriff der sog. rechtlichen Sonderverbindung, der ein Rechtsbegriff ist und daher nicht mit einem phänomenologischen gleichgesetzt werden darf. Auf den Begriff der rechtlichen Sonderverbindung wird in anderem Zusammenhang noch zurückzukommen sein; vgl. dazu unten S. 277/78, Ziff. 4.

153 Diese Folgen auf der Ebene der tatsächlichen Geschehnisse könnten etwa in blosser Miss- billigung oder im Abbruch des Kontaktes und damit in der Aufhebung der vorher un- beachtet gebliebenen Verbundenheit bestehen. Verschiedene weitere Varianten sind denk- bar.

154 Vgl. dazu oben S. 229/30, lit. b.

155 Das gleiche Resultat der Überschreitbarkeit dieser Grenzen wird sich von einer anderen, spezifisch rechtlichen Warte aus für Treu und Glauben ergeben und zu bestimmten Folge- rungen Anlass geben; vgl. dazu unten S. 237/38, lit. b.

156 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 34/5, vor Anm. 53.

157 Vgl. zum Grundgedanken von Treu und Glauben oben S. 158/59, lit. b; ferner auch S. 159, Ziff. V.

Grundgedanke von Treu und Glauben die Begrenzung aller Rechtshandhabung dar. Insofern kann tatsächlich von "Treu und Glauben als Schranke aller Rechtsausübung"¹⁵⁸ gesprochen werden. Der *Grundgedanke von Treu und Glauben* entspricht einer wesensmässigen Vorgegebenheit und kann daher verkürzend selber als *vorgegeben* bezeichnet werden; Art. 2 Abs. 1 ZGB gibt das rechtstechnische Mittel ab, das der erkannten wesensmässigen Vorgegebenheit Rechnung trägt.

Jede Rechtsordnung wird folglich mit dem einen oder anderen rechtstechnischen Mittel dem Grundgedanken von Treu und Glauben zum Durchbruch verhelfen müssen, weil dem Vorgegebenen, welchem der Gedanke entspricht, nicht ausgewichen werden kann.

*d) Folgerung: Der Grundsatz von Treu und Glauben
als vorgegebenes Prinzip des Rechts*

Mit wenigen Sätzen kann jetzt ein gewichtiger Schluss gezogen werden. Dem vorgegebenen Handeln in menschlicher Verbundenheit und den damit zugleich vorgegebenen, wenn auch missachtbaren Begrenzungen solchen Handelns entsprechen in rechtlicher Sicht der Begriff der Rechtshandhabung und seine Begrenzung mittels einer rechtstechnischen Einrichtung, die den Grundgedanken von Treu und Glauben, das Gebot einer gewissen Loyalität der Rechtsausübung, beinhaltet. Insofern ist die Vorstellung von Treu und Glauben einer jeden Rechtsordnung vorgegeben. Ist ein gedankliches Gebilde des Rechts, welches in Anlehnung und Entsprechung zum Vorgegebenen geformt wird, auf der den Prinzipien eigenen Abstraktionsstufe zum Gegenstand der geltenden Rechtsordnung erhoben worden, gehört es zu den vorgegebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen¹⁵⁹.

Da der Grundgedanke der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht nur bestimmten, ihrem Wesen nach vorgegebenen Lebenserscheinungen nachgebildet ist, sondern auch alle Elemente des Begriffes des Rechtsprinzips aufweist¹⁶⁰, kann der Schluss gezogen werden, der *Grundsatz von Treu und Glauben* sei ein *vorgegebenes Prinzip* des Rechts. Die Vorgegebenheit des Prinzips von Treu und Glauben eröffnet nun m.E. ein tieferes Verständnis für schon behandelte Fragen. Das soll im folgenden erläutert werden.

158 Vgl. diese Formel in BGE 45 II 398 und 47 II 453.

159 Vgl. zum Begriff der vorgegebenen Prinzipien oben S. 33/4, Ziff. 2., bes. S. 33, nach Anm. 43.

160 Vgl. dazu oben S. 175 ff., Ziff. II., bes. in zusammenfassender Weise S. 183/84, lit. D.

*e) Die Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben
und seine Ausdehnung in das öffentliche Recht*

Bei der Betrachtung von Treu und Glauben nach Massgabe des Kriteriums der rechtlich erheblichen Sachbereiche ist darauf hingewiesen worden, dass die Ausdehnung des Grundsatzes über seinen angestammten Sachbereich des Zivilrechts hinaus ins öffentliche Recht erst nach seiner erkenntnistheoretischen Untersuchung eindeutig gerechtfertigt werden könne¹⁶¹.

Die Vorgegebenheit des Grundsatzes von Treu und Glauben ist es, die den erkenntnistheoretischen Grund zur Berechtigung der Ausdehnung der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB in den Sachbereich des öffentlichen Rechts zu geben vermag. Weil das Prinzip überall dort, wo die Begrenzung der Rechtshandhabung im Rahmen der Verbundenheit und ihrer Auswirkungen in Frage steht, Geltung beansprucht, muss es auch im öffentlichen Recht gelten, sofern nur die entsprechende Konstellation im Bereich der Phänomene eintritt¹⁶². Umgekehrt kann aber diese tiefere Ursache für die Erweiterung der Anwendung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht auch nur, und nur dann angerufen werden, wenn der Inhalt des Prinzips unangetastet bleibt. Vorgegeben ist der Grundsatz nämlich nur bei gleichbleibendem Inhalt. Würde letzterer verändert, hätte das zweierlei Folgen: Zum ersten müsste die Untersuchung der Aussage in ihrer Gesamtheit von neuem begonnen werden¹⁶³, und zum andern wäre es im Interesse der Klarheit und Verständlichkeit dann angebracht, für den neuen Inhalt auch eine deutlich andere sprachliche Bezeichnung einzuführen¹⁶⁴. Vorgegeben ist das Prinzip von Treu und Glauben nur mit seiner der Untersuchung zugrunde gelegten Aussage. Für diese Aussage ist somit bei vorhandener Konstellation im Reich der Lebenserscheinungen die Notwendigkeit und die Berechtigung einer Ausdehnung des Grundsatzes auf das öffentliche Recht auf festen Boden gegründet¹⁶⁵.

161 Vgl. dazu oben S. 219, vor Anm. 79, sowie S. 222, vor Anm. 98; ferner auch S. 224, vor Anm. 114.

162 Davon bleibt selbstverständlich das Problem systematisch richtiger Einordnung in einen neuen Zusammenhang unberührt und es gelten die dazu gemachten Ausführungen oben S. 219 ff., lit. c.

163 Nicht nur die Untersuchung der Erkenntnisgrundlagen, sondern angefangen bei den historischen Ursprüngen über die Grundsatzqualität bis hin zur weiteren Analyse, sofern es sich nach Veränderung des Inhaltes noch um ein Prinzip handeln würde, müsste vollumfänglich von vorn begonnen werden mit der Untersuchung.

164 In diesem Sinne schon oben S. 220, nach Anm. 87.

165 Nebenbei sei vermerkt, dass damit aus erkenntnistheoretischer Sicht auch gesagt werden kann, der Grundsatz von Treu und Glauben müsse mit diesem seinem Grundgedanken in irgendeiner Form und unter irgendeiner Bezeichnung auch in ausländischen Rechtsordnungen anzutreffen sein; denn jede Rechtsordnung hat der Vorgegebenheit, welcher Treu und Glauben nachgeformt ist, Rechnung zu tragen.

5. Abschliessende Bemerkungen

Prinzipien können nach ihren jeweiligen Erkenntnisgrundlagen unterschieden, ein einzelnes von ihnen nach diesem Raster näher bestimmt werden¹⁶⁶.

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* ist nach dieser Massgabe in der geltenden Rechtsordnung *enthalten und vorgegeben*¹⁶⁷. Weil er ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthalten ist, darf er als *Generalklausel* bezeichnet werden¹⁶⁸. Seine Vorgegebenheit bestärkt die Überzeugung von seiner Notwendigkeit und eröffnet dem Verständnis die Ursache für die Berechtigung zu seiner (richtigen) Verwendung im öffentlichen Recht¹⁶⁹.

Weitere, theoretisch denkbare Erkenntnisgrundlagen für das Prinzip von Treu und Glauben können nach den bisherigen Abklärungen vernachlässigt werden¹⁷⁰.

C. Das Kriterium ihres ethischen Gehaltes zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz von Treu und Glauben

1. Einleitende Bemerkungen

Die Intensität des eigenen ethischen Gehaltes gibt ein weiteres aussagekräftiges Kriterium zur Einteilung von Rechtsprinzipien ab¹⁷¹. Die Skala der Möglichkeiten reicht von Grundsätzen ohne irgendwelchen ethischen Gehalt bis hin zu solchen mit eigener, eindeutig ethischer Aussage¹⁷². Von vorrangigem Interesse sind dabei die beiden Endpunkte der Skala¹⁷³. Die Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB soll jetzt der Prüfung nach diesem Einteilungsraster unterworfen werden.

166 Vgl. dazu allgemein oben S. 48, Ziff. VII.

167 Vgl. zum Enthaltensein oben S. 222 ff., Ziff. 2.; ferner zum Vorgegebensein oben S. 228 ff., Ziff. 4., sowie schon S. 224 ff., Ziff. 3.

168 Vgl. dazu oben S. 224, lit. b.

169 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 40, vor Anm. 94; zur Berechtigung der Übertragung von Treu und Glauben in das öffentliche Recht im besonderen sodann oben S. 233, lit. e.

170 Vgl. dazu oben S. 42/3, Ziff. 4. a.E., sowie S. 44, vor Anm. 109.

171 Vgl. dazu oben S. 44/5, lit. A.

172 Vgl. dazu oben S. 44 ff., Ziff. V.

173 Vgl. dazu oben S. 45, lit. C.; verwandt mit der Gegenüberstellung der beiden Endpunkte der Skala dürfte wohl die Einteilung der Rechtsgrundsätze in technische und untechnische sein, wie sie etwa Simonius, S. 243/44, unter Hinweis auf die Entwicklung in Frankreich dem Leser vorstellt.

2. Der eigene eindeutig ethische Gehalt von Treu und Glauben

a) Im allgemeinen

Der ethische Charakter der Bestimmung von Treu und Glauben leuchtet derart unmittelbar ein, dass er für gewöhnlich einfach vorausgesetzt wird. Wenn nämlich etwa “dem aus Art. 2 und 27 ZGB ableitbaren Verbot übermässiger zeitlicher Bindung durch obligatorische Rechtsgeschäfte” die Eigenschaft zukommt, dass es “grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert”¹⁷⁴, dann ist darin wohl stillschweigend und selbstverständlich die ethische Qualität der beiden genannten Gesetzesbestimmungen mit umschlossen. Die erwähnten Bestimmungen sind ohne jeden Zweifel “um der Sittlichkeit willen ins Gesetz aufgenommen”¹⁷⁵ worden. Die beiden soeben angeführten Formulierungen sprechen aber wiederum von Art. 2 ZGB schlechthin, wie auch in BGE 83 II 349 zu lesen ist, dieser Gesetzesartikel spreche eine “aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel” aus. Es wird demnach nicht zwischen den beiden Absätzen von Art. 2 ZGB unterschieden und es ist zudem auf Grund der gewählten Formulierungen nicht klar, ob Treu und Glauben – im Sinne der hier vertretenen Terminologie – einem ethischen Postulat entgegenkommt oder selber eigenen ethischen Gehalt aufweist.

All den erwähnten Wendungen darf aber wohl ohne Verfälschung des Willens ihrer Verfasser die Ansicht entnommen werden, Treu und Glauben teile eben solchen ethischen Inhalt mit¹⁷⁶.

b) Treu und Glauben als eigenständige ethische Aussage in Gebotsform

Ethische Anforderungen müssen, um rechtserhebliche zu werden, dem Recht einverleibt werden, wobei zwei verschiedene Wege der Übermittlung denkbar sind¹⁷⁷. Alle zur Umschreibung des Inhalts des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB üblichen Ausdrucksweisen¹⁷⁸ zeigen, wie die Bezeichnung Treu und Glauben selbst, unmittelbar an, dass ein *eigener eindeutig ethischer Gehalt* vorhanden ist. Hat jemand “das Gebot zur Aufrichtigkeit, soweit es Rechts- und nicht lediglich sittliches Gebot ist”,

174 Vgl. BGE 100 II 112, E. 2.

175 Vgl. BGE 97 II 395.

176 Die Folgerung, dass diese Formulierungen vorrangig auf Treu und Glauben gemünzt sind, darf der zugrundeliegenden, in BGE 83 II 349/50 ausdrücklich ausgesprochenen Gleichsetzung des Rechtsmissbrauchsverbotes mit Treu und Glauben entnommen werden. Dass Treu und Glauben nach Ansicht der Verfasser dieser Formulierungen selber ethischen Gehalt mitteilt, darf wohl daraus geschlossen werden, dass kein strenger Unterschied zwischen Postulat und Prinzip gemacht wird.

177 Vgl. dazu oben S. 46, lit. D.

178 Vgl. dazu etwa die oben S. 158/59, lit. b, wiedergegebenen Ausdrücke.

nicht übertreten, "so genügt sein Verhalten auch den Anforderungen an das 'Handeln nach Treu und Glauben' im Sinne des Art. 2 ZGB"¹⁷⁹. Diese Worte bekräftigen, dass Treu und Glauben nach seiner Einführung ins Recht eigenen ethischen Inhalt ausspricht¹⁸⁰.

Die allgemeine ethische Anforderung, nach Treu und Glauben zu handeln, wird in reinster Gebotsform ins Recht eingeführt¹⁸¹, was bestimmte Folgen zeitigt¹⁸².

Es kann aber zunächst festgehalten werden, dass Treu und Glauben eine eigenständige, eindeutig ethische Aussage aufweist und dass das Prinzip unbestrittenermaßen in Gebotsform abgefasst ist.

c) Der Grundsatz von Treu und Glauben als ethisches Prinzip und als ethische Generalklausel

Der ethische Gehalt von Treu und Glauben ist in Prinzipienform ausgedrückt. Weil der Grundsatz auch ausdrücklich positiviert worden ist, darf er als Generalklausel bezeichnet werden. Auf Grund des eigenen eindeutig ethischen Gehaltes kann daher gesagt werden, der in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben sei ein *ethisches Prinzip* oder eine *ethische Generalklausel*¹⁸³. Daraus und aus der Gebotsform des Prinzips lassen sich an dieser Stelle schon einige Folgerungen ziehen. Das soll nunmehr geschehen.

3. Erste Folgerungen aus dem ethischen Gehalt von Treu und Glauben und seiner Gebotsform

a) Die Massstabfunktion von Treu und Glauben

Art. 2 Abs. 1 ZGB führt eine ethische Anforderung in der Form des Prinzips in die rechtlichen Belange ein. Da ethisch wertende Anforderungen ganz allgemein und ebenso im Recht als Massstäbe im Dienste der Gerechtigkeit an die verschiedensten Verhaltensweisen angelegt werden, um das ethisch Vertretbare vom Unhaltbaren zu scheiden¹⁸⁴, gilt auch für den Grundsatz von Treu und Glauben, dass er diese

179 Vgl. BGE 41 II 578/79, E. 7.

180 Es sei nebenbei bemerkt, dass mit diesen Worten auch bestätigt wird, dass es ein allgemeines Anstandsprinzip im Recht nicht gibt; vgl. dazu schon allgemein oben S. 12, Anm. 45.

181 Vgl. dazu in erster Linie den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB; ferner auch etwa BGE 85 II 115 ("die Gebote von Treu und Glauben").

182 Vgl. dazu unten S. 237/38, lit. b.

183 Vgl. zu diesen terminologischen Varianten allgemein oben S. 46, nach Anm. 118.

184 Vgl. dazu allgemein oben S. 66, Ziff. 1.; ferner auch S. 46, lit. D. a.A.

objektivierte Massstabfunktion wahrnimmt. Darauf wird anlässlich der Untersuchung des Verhältnisses von Treu und Glauben zur Rechtsordnung¹⁸⁵ und der näheren Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes¹⁸⁶ zurückzukommen sein, weil es weitere Folgerungen ermöglichen wird, die auch mit der Tatsache des ethischen Gehalts von Treu und Glauben zusammenhängen.

b) Der Grundsatz von Treu und Glauben als "lex imperfecta"

Die Gebotsform des ethischen Prinzips von Treu und Glauben ist als solche aussergewöhnlich; die Verbotsform ist gängiger¹⁸⁷. Rechtsfolgen kann hinsichtlich eines ethischen Gebotes nur dessen Verletzung haben und das Gebot bleibt für sich *allein* genommen nicht durchsetzbar¹⁸⁸. Eine vollständige Befolgung des Gebotes, nach Treu und Glauben zu handeln, ist demzufolge rechtlich gar nicht erzwingbar; das ist wohl mit der Positivierung von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB auch nicht angestrebt worden. Aus spezifisch rechtlicher Sicht bestätigt sich damit die frühere Feststellung, dass die Grenzen, die dem menschlichen Handeln durch den Rahmen der menschlichen Verbundenheit gesetzt sind und die im Recht von Treu und Glauben gezogen werden, überschritten werden können¹⁸⁹.

Das Prinzip von Treu und Glauben ist mit anderen Worten seiner ethischen Aussage in Gebotsform wegen in keinem Falle aus sich selbst heraus und selbständig anwendbar, weil es ihm an einer eigenen, unmittelbar eintretenden Rechtsfolge mangelt. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist aus diesen Gründen als *lex imperfecta* zu qualifizieren. Als Hilfsmittel rechtlicher Argumentation und Lösungssuche ist er zwar ohne weiteres zu gebrauchen; damit er selber eigene Rechtsfolgen auszulösen vermag, bedarf er aber einer Verbotsform, die sich den Verstoss gegen Treu und Glauben zumindest zu einem möglichen Massstab des Eintritts ihrer Rechtsfolgen nimmt¹⁹⁰. Auf Grund allgemeiner Erwägungen zur rechtlichen Durchsetzbarkeit ethischer Gebote, die ins Recht integriert werden, lässt sich zudem vermuten, dass nicht etwa jede, sondern nur besonders auffällige und krasse

185 Vgl. dazu unten S. 239, nach Anm. 197.

186 Vgl. dazu unten S. 343 ff., Ziff. 4.

187 Vgl. dazu oben S. 68/9, nach Anm. 87.

188 Vgl. dazu oben S. 69, nach Anm. 91.

189 Vgl. dazu oben S. 231, vor Anm. 155.

190 Hiermit ist auch die Ursache dafür gefunden, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht keine unmittelbaren eigenen Rechtsfolgen – wie etwa die Verbindlichkeit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrungen – vermitteln kann, worauf oben S. 220, nach Anm. 83, vorläufig verwiesen werden musste, und weshalb für diese Rechtsfolgen auch im öffentlichen Recht andere Begründungen gesucht werden müssen.

Verletzungen des Gebotes von Treu und Glauben als Verstösse gegen eine passende Verbotsvorschrift deren Rechtsfolgen nach sich ziehen werden¹⁹¹.

Die zuletzt genannte Vermutung wird sich anlässlich der Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes bestätigen. Die Suche nach der Verbotsnorm, welche dem Gebot von Treu und Glauben mittelbar eine eigene Rechtsfolge verschafft, ist nämlich nur die eine Seite der gegenseitigen Beziehungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch. Auf der anderen Seite steht – es darf hier vorweggenommen werden – die Suche nach den Massstäben des Rechtsmissbrauches, in deren Verlauf sich das Prinzip von Treu und Glauben als eine denkbare Möglichkeit entpuppen wird. Um aber diesen *Berührungspunkt der beiden Prinzipien von Art. 2 ZGB* nicht zweimal aus nur je verschiedenem Blickwinkel abzuhandeln, darf an dieser Stelle *auf die einschlägigen Erörterungen* im Zusammenhang der Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbotes *verwiesen* werden¹⁹².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die ethische Generalklausel von Treu und Glauben ihrer Gebotsform wegen keine unmittelbar eintretenden, eigenen Rechtsfolgen haben kann. Zu einem späteren Zeitpunkt wird sich das Prinzip vom verbotenen Rechtsmissbrauch als jene Verbotsnorm erweisen, die befähigt ist, dem Gebot von Treu und Glauben ausnahmsweise zu eigener, mittelbarer Rechtsfolge zu verhelfen.

4. Abschliessende Bemerkungen

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein Rechtsprinzip mit eigener eindeutig ethischer Aussage. Als ausdrücklich positiver Grundsatz ist er somit eine ethische Generalklausel. Vorerst sind daraus v.a. die Folgerungen zu ziehen, dass dieses ethische Prinzip im Recht eine Massstabfunktion innehat und infolge seiner *Gebotsform* eine *lex imperfecta* darstellt, die auf der Suche nach einer Verbotsnorm, welche ihr wenigstens mittelbar eigene Rechtsfolgen verschafft, auf den Grundsatz des verbotenen Rechtsmissbrauchs trifft. Dieser Berührungspunkt der beiden Prinzipien von Art. 2 ZGB wird bei der Behandlung des Rechtsmissbrauchsverbotes ausführlicher zur Sprache kommen.

Weitere Folgerungen, die unter anderem auch von der ethischen Qualität von Treu und Glauben beeinflusst sind, werden an anderem Orte und im Zusammenhang ihrer restlichen Ursachen zu ziehen sein.

191 Vgl. zu den allgemeinen Erwägungen über die Durchsetzbarkeit ethischer Gebote im Recht oben S. 68/9, Ziff. 2., bes. S. 69, nach Anm. 91 und in Anm. 92.

192 Vgl. dazu unten S. 347 ff., Ziff. IV., bes. S. 347/48, lit. A.

III. Treu und Glauben und die Regelbildungstendenz der Rechtsordnung

A. Treu und Glauben als der Regelbildung teilhaftiges Rechtsprinzip

1. Die doppelte Ursache zur Regelbildung

a) Theoretische Begründung der Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben

Die Tendenz, Regeln zu bilden, ist dem Recht und jeder rechtlichen Betrachtungsweise normalerweise zu eigen. Schon die Natur der Sache eröffnet auf Grund der Wesenserkenntnis Eigengesetzlichkeiten, an welche angelehnt das Recht Regeln bildet¹⁹³. Weil Recht kraft seiner Ordnungsfunktion einerseits und seiner zwingenden Verbundenheit mit den Eigengesetzlichkeiten der vorgegebenen Wesenhaftigkeiten wegen andererseits normalerweise Regeln ausbildet, ist es zur verkürzenden Formel gekommen, Recht sei Regelbildung¹⁹⁴. Aus alledem kann geschlossen werden, dass die Rechtsqualität eines allgemeinen Grundsatzes im Normalfall ausreicht, damit er an der Tendenz zur Regelbildung teilnimmt; Ausnahmen davon bedürfen besonderer Voraussetzungen¹⁹⁵. Da die Rechtsqualität des Grundsatzes von Treu und Glauben durch seine Qualifizierung als Rechtsprinzip nachgewiesen worden ist, ist eine erste Ursache für seine Regelbildungseigenschaft gefunden¹⁹⁶.

Mittels ethischer Prinzipien können primär sittliche Massstäbe ins Recht Eingang finden¹⁹⁷. Die Massstabfunktion führt zu einer Objektivierung der ethischen Aussagen¹⁹⁸. Sie tritt als zusätzliche Ursache der regelbildenden Eigenschaft ethischer Prinzipien in Erscheinung¹⁹⁹. Da der Grundsatz von Treu und Glauben eine ethische Generalklausel darstellt²⁰⁰ und ihm auch die entsprechende Massstabfunktion zuzusprechen ist²⁰¹, ist ein zweiter Grund für seine Regelbildungseigenschaft nachgewiesen.

Aus den vorstehenden theoretischen Überlegungen kann gefolgert werden, dass es eine *doppelte Ursache* für die Regelbildungseigenschaft des Grundsatzes von Treu

193 Vgl. allgemein zur Regelbildung als Mittel des Rechts zum Zwecke der Errichtung oder Erhaltung einer Rechtsordnung oben S. 52, lit. C.; zur Natur der Sache infolge der Wesenserkenntnis des Vorgegebenen und den sachimmanenten Eigengesetzlichkeiten, welche der Regelbildung rufen, oben S. 53 ff., lit. A., sowie S. 55/6, lit. B.

194 Vgl. dazu oben S. 56, Ziff. 2.; ferner auch S. 62/3, lit. A.

195 Vgl. dazu oben S. 63, Ziff. 1.

196 Vgl. zur Prinzipienqualität von Treu und Glauben oben S. 175 ff., Ziff. II.; zur Rechtsqualität der Aussage von Treu und Glauben im besonderen oben S. 175/76, Ziff. 1.

197 Vgl. dazu allgemein oben S. 65, lit. A.; ferner auch S. 46, lit. D.

198 Vgl. dazu allgemein oben S. 66, Ziff. 1.

199 Vgl. dazu allgemein oben S. 66/7, Ziff. 2.

200 Vgl. dazu oben S. 235/36, Ziff. 2., bes. S. 236, lit. c.

201 Vgl. dazu oben S. 236/37, lit. a.

und Glauben gibt. Der Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nimmt an der *Regelbildung* des Rechts teil. Es lässt sich daher auch vorhersagen, dass die Wechselwirkungen zwischen Ethisierung des Rechts und Konventionalisierung des Ethos bei der praktischen Verwendung von Treu und Glauben im Rechtsleben anzutreffen sein werden²⁰². Es lässt sich aber aus den genannten Gründen auch die Forderung an den Richter stellen, er solle bei der Benutzung des Grundsatzes von Treu und Glauben darauf achten, Regeln zu bilden²⁰³.

b) Bestätigungen der theoretisch begründeten Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben

Ob auf Art. 116 Abs. 2 BV abgestützt oder gewohnheitsrechtlich anerkannt, gilt jedenfalls für das Bundesrecht die Gleichwertigkeit der Texte der drei Amtssprachen^{204,205}: „Den drei Texten kann auch im Falle von Divergenzen nur *ein* Sinn zukommen“²⁰⁶. Da sich aus der theoretischen Begründung die Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben ergeben hat, darf zur Bestätigung auf Grund der

202 Vgl. dazu allgemein oben S. 67/8, Ziff. 1.; an folgendem Beispiel sei diese Wechselwirkung verdeutlicht: Es entspricht der regelbildenden Eigenschaft des Grundsatzes, wenn von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Beurteilungsbasis für Rechtsgeschäfte ausgegangen wird. Das wäre die Ethisierung des Rechts. Es ist jedoch eine häufige Erscheinung unserer Zeit, dass diese Beurteilungsbasis einseitig in sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen festzuschreiben versucht wird. Das hat nun in einer ersten Phase konventionalisierende Rückwirkungen auf den Massstab von Treu und Glauben. Er erstarrt in konventionsähnlichen Gebilden. In einer weiteren Phase kann sich aber das Prinzip dank seiner Grundsatzqualität erneut entfalten. Die Grundsatzqualität erlaubt es, dem ethischen Inhalt von Treu und Glauben mittels neuer und sachgemässer Konkretisierung und, sofern nötig, entgegen den konventionell erstarrten Gebilden der allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder zum Durchbruch zu verhelfen. Vgl. dazu allgemein auch oben S. 92, Ziff. 2.

203 Von einer anderen Warte aus findet sich somit für den Grundsatz von Treu und Glauben die Forderung nach Regelbildung, die Art. 1 Abs. 2 ZGB erhebt, bestätigt; vgl. dazu auch oben S. 76, lit. e.

204 Entgegen der herrschenden Ansicht ist der Meinung von Meier-Hayoz, N 99 zu ZGB 1, dass die Gleichberechtigung der verschiedenen Texte gewohnheitsrechtlich gelte, wohl auch deshalb zuzustimmen, weil die Gleichwertigkeit der Texte schon unter der alten Fassung des Art. 116 BV, die sich nicht über die Amtssprachen äusserte, gegolten hat. Vgl. zur früheren Fassung von Art. 116 BV die Wiedergabe in AS 1875 34; die neue Fassung wurde 1938 angenommen und ist in AS 1938 198 abgedruckt. Art. 116 Abs. 2 in der heutigen Fassung hat in der Terminologie, die in dieser Arbeit vertreten wird, wohl nur eine Bedeutung für die positivrechtliche Rechtfertigung der Gleichberechtigung der drei Amtssprachen.

205 Vgl. dazu allgemein Meier-Hayoz, N 98 ff. zu ZGB 1; ferner Ott, S. 54/5, lit. b3, S. 118, lit. b2, sowie S. 128 ff., lit. d2.

206 Vgl. Meier-Hayoz, N 106 zu ZGB 1; ferner allgemein zur gedanklichen Einheitlichkeit auch bei sprachlichen Unterschieden N 106 ff. daselbst.

Gleichwertigkeit der Texte die französische Fassung von Art. 2 Abs. 1 ZGB angerufen werden, die wie folgt lautet²⁰⁷:

“Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.”

In Entsprechung zu dieser sprachlichen Verschiedenheit der Gesetzestexte ist v.a. in bundesgerichtlichen Urteilen französischer Zunge die Wortgruppe “*les règles de la bonne foi*” häufig im Gebrauch, was im vorliegenden Zusammenhang als weitere Bestätigung der Regelhaftigkeit der Anwendungen von Treu und Glauben zu werten ist²⁰⁸. Aber auch in deutschsprachigen Urteilen ist ab und zu von den Regeln von Treu und Glauben die Rede²⁰⁹.

Wenn in der Lehre etwa gesagt wird, die Befolgung von Treu und Glauben verlange ein “Handeln nach gewissen objektiven Regeln”²¹⁰ oder für die Bestimmung von vertraglichen Nebenpflichten spielten “die Regeln von Treu und Glauben eine entscheidende Rolle”²¹¹, dann bekräftigt auch dies den regelhaften Charakter der Anwendungen des Prinzips. Soweit Treu und Glauben als Hilfsmittel der Lückenfüllung benutzt wird²¹², leistet die Eigenschaft der Regelbildung zudem den Anforderungen, die Art. 1 Abs. 2 ZGB erhebt, Genüge²¹³.

207 Der italienische Text von Art. 2 Abs. 1 ZGB spricht übrigens analog zum deutschen “nach Treu und Glauben” Handeln von “*agire secondo la buona fede*”.

208 Vgl. etwa die folgenden Urteile: BGE 59 II 392 (“*contraire aux règles de la bonne foi*”), 64 II 344 (“*l'application des règles de la bonne foi*”), 69 II 142 (“*d'après les règles de la bonne foi*”) und 145 (“*contraire aux règles de la bonne foi*”), 73 II 190 (“*le respect des règles de la bonne foi*”), 84 II 375 (“*contrairement aux règles de la bonne foi*”), 88 II 323 (“*sans violer gravement les règles de la bonne foi*”), 88 II 374 (“*selon les règles de la bonne foi*”), 90 II 156 (“*manifestement contraire aux règles de la bonne foi*”), 90 II 349 (“*au mépris des règles de la bonne foi*”), 92 II 333 (“*en vertu des règles de la bonne foi*”), 93 II 104 (“*manifestement contraire aux règles de la bonne foi*”), 93 II 492 (“*en contradiction flagrante avec les règles de la bonne foi*”), 95 II 468 (“*contraire aux règles de la bonne foi*”), 99 II 288 (“*incompatible avec les règles de la bonne foi*”). In einigen dieser Urteile ging es im übrigen um den Art. 1 Abs. 1 UWG, dessen deutscher Passus “gegen die Grundsätze von Treu und Glauben” im französischen Wortlaut wiederum mit “*contraire aux règles de la bonne foi*” wiedergegeben wird.

209 Vgl. etwa die folgenden Urteile: BGE 46 II 162 (“nach den Regeln über Treu und Glauben”), 61 I 75 (“die Regeln von Treu und Glauben”), 87 II 138 (“nach den Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr”), 91 II 278 (“nach den Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr”), 93 I 511 (“nach den Regeln von Treu und Glauben”), 96 I 288 (“den Regeln von Treu und Glauben gemäss”); ferner etwa noch in einem Urteil des bernischen Handelsgerichts, abgedruckt in SJZ 28, S. 302 (“die Regeln von Treu und Glauben”).

210 Vgl. Gmür, N 4 zu ZGB 2, übrigens in unmittelbarem Anschluss an die Umschreibung der Massstabfunktion des ethischen Gebotes von Art. 2 Abs. 1 ZGB.

211 Vgl. Deschenaux, S. 175, Ziff. IV.

212 Vgl. ausführlicher zu dieser Verwendung des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB unten S. 303/04, lit. A.

213 Diese Gesetzesbestimmung enthält bekanntlich die Anweisung an den Richter zur Regelbildung, sofern es sich nicht um die Ausfüllung unechter oder nach billigkeitsjuristischer Methode zu behandelnder Lücken handelt. Sie betrifft also die meisten Fälle der Lücken

2. Folgerung aus der Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform von Treu und Glauben

a) Einleitende Bemerkungen

Die Analyse des Regelbildungsvorganges im allgemeinen Teil hat gezeigt, dass dabei unter Anlehnung an das Wesen der vorgegebenen und zu ordnenden Lebensverhältnisse Gattungs- oder Artmodelle geformt werden²¹⁴, welche aus der Sicht der fertig gegossenen Regel als Durchschnittsfälle, die von der Regel erfasst werden, erscheinen²¹⁵. Solcher Regelbildung entsprechen immer geistige Tätigkeiten im Spannungsfeld von Gattungsallemgemeinem und Artbesonderem²¹⁶. Bei der genaueren Betrachtung der vielen Verständnismöglichkeiten des Begriffes der Konkretisierung hat sich sodann gezeigt, dass den Operationen des Denkens im Spannungsfeld von Gattung und Art die Konkretisierungsform der Spezifikation entspricht²¹⁷. Das hat zur Erkenntnis geführt, dass *Regelbildung* und *Spezifizierung* immer *gekoppelt* auftreten²¹⁸. Der Regelbildung als Mittel zum Zweck der Erstellung oder Bewahrung der Ordnung entsprechen immer die Denkwege des Besonderns, und wo spezifiziert wird, kommt es auch zur Regelbildung.

b) Spezifizierung als Gegenstück zur Regelbildungseigenschaft des Grundsatzes von Treu und Glauben

Die Besonderheit eines Prinzips, das die üblicherweise vorhandene Tendenz zur Regelbildung hat, liegt darin, dass die eigentlichen Regeln vom Rechtsanwender bei der Konkretisierung der inhaltlichen Aussage des Grundsatzes erst noch geprägt werden müssen²¹⁹. Nimmt ein Prinzip an der Tendenz zur Regelhaftigkeit teil, so gilt der unweigerlich mit der Regelbildungseigenschaft verbundenen Denkform der Spezifikation wegen für seine Konkretisierungsform eine Vermutung zugunsten des Besonderns²²⁰. Ist die Regelbildungseigenschaft des fraglichen Prinzips gar durch die Massstabfunktion seines eigenen, eindeutig ethischen Gehaltes sichergestellt, so wird aus der Vermutung zugunsten der Spezifikation schon aus rein theoretischen Erwägungen Gewissheit²²¹.

intra legem und alle der echten Lücken; vgl. dazu Meier-Hayoz, N 316–318 zu ZGB 1; ferner schon oben S. 76, lit. c.

214 Vgl. dazu oben S. 56 ff., Ziff. 1.

215 Vgl. dazu oben S. 58, Ziff. 2.

216 Vgl. dazu oben S. 58/9, Ziff. 3.

217 Vgl. dazu oben S. 113 ff., lit. B., sowie S. 117/18, lit. C.

218 Vgl. dazu oben S. 58/9, Ziff. 3., sowie vor allem S. 116/17, Ziff. 5.

219 Vgl. dazu oben S. 64/5, Ziff. 2.

220 Vgl. dazu oben S. 122, Ziff. 1.

221 Vgl. dazu oben S. 122/23, Ziff. 2., sowie S. 123/24, lit. B.

Beide Hauptursachen der Regelbildung sind beim Grundsatz von Treu und Glauben vorhanden, was zur Bejahung seiner Regelbildungseigenschaft geführt hat²²². Es kann daher schon jetzt gefolgert werden, dass bei der näheren Betrachtung der Konkretisierungsform des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB als *Gegenstück zur Eigenschaft der Regelbildung* die Denkform der *Spezifizierung* entdeckt werden muss. Dieser Schluss ergibt sich in theoretischem Verfahren aus den vorangegangenen Überlegungen. Bei der näheren Untersuchung der Operationen des Denkens, die bei der Konkretisierung von Treu und Glauben ablaufen, muss seine Richtigkeit nur noch mit Belegen nachgewiesen werden^{223,224}.

B. Zur Bedeutung von Standards infolge der Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben

Erfahrungssätze drücken, soweit sie sich aus der Natur der Sache ableiten lassen, nichts anderes als die Resultate abgeschlossener Regelbildungsvorgänge aus. Sie sind selber Regeln und können, wo das Recht sie mittels Verweisungen für rechtserheblich erklärt, die Bedeutung von Rechtsregeln erlangen²²⁵. Standards sind eine besondere, durch ihre ethische Komponente gekennzeichnete Gruppe von Erfahrungssätzen²²⁶. Kraft der Rechtserheblichkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben und seines ethischen Inhaltes wegen ist auf Grund der soeben rekapitulierten Erwägungen die Prognose zulässig, dass bei der Untersuchung der Konkretisierung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB Standards anzutreffen sein werden, die als Regeln dem Grundsatz entnommen werden und dauernder Überprüfung nach Massgabe des ethischen Massstabes des Prinzips bedürfen²²⁷.

222 Vgl. dazu oben S. 239 ff., Ziff. 1.

223 Die Ausführungen zur Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben werden sich daher darauf konzentrieren müssen, anhand einer Darstellung der gerichtlichen Konkretisierungspraxis den Nachweis zu erbringen, dass tatsächlich der Weg der Besonderung beschritten wird; vgl. dazu unten S. 267 ff., § 20.

224 Nebenbei kann vermerkt werden, dass die sachgemässe Spezifizierung das geeignete Mittel ist, um der oben S. 240, vor und in Anm. 202, beschriebenen Konventionalisierung der ethischen Aussage von Treu und Glauben wirksam zu steuern; vgl. dazu schon allgemein oben S. 123, nach Anm. 17.

225 Vgl. dazu oben S. 59/60, lit. a.

226 Vgl. dazu oben S. 60/1, lit. b.

227 Vgl. zur Kontrollbedürftigkeit von Standards nach Massgabe des jeweiligen ethischen Massstabes allgemein oben S. 60/1, lit. b, bes. S. 61, vor Anm. 54. Vgl. sodann zur Bestätigung der im Kontext formulierten Prognose unten S. 278 ff., lit. B., sowie S. 285 ff., lit. C.; ferner auch noch S. 288 ff., Ziff. IV.; schliesslich auch S. 272/73, lit. B.

C. Ausschluss einer Korrekturfunktion des Grundsatzes von Treu und Glauben

1. Keine Berücksichtigung des originär Individuellen

Ein zusammenfassender Überblick über die Besonderheiten der Regelbildung²²⁸ hat zum Ergebnis geführt, dass überall da, wo Regeln geprägt werden, das original individuelle Moment des einzelnen Lebensvorganges ausser acht bleibt²²⁹.

Weil der Grundsatz von Treu und Glauben an der Tendenz des Rechts zur Regelmässigkeit teilhat, nimmt er auch nie Rücksicht auf das Originale der zu beurteilenden Lebensvorgänge. Diese Aufgabe hat er im Rahmen der Rechtsordnung mit Sicherheit nicht.

2. Keine Korrekturfunktion des Prinzips

Treu und Glauben stellt den Normalfall spezifizierenden Denkens dar, wie er rechtlicher Betrachtung der Lebensverhältnisse entspricht. Es ist daher unmöglich, dass das Prinzip jemals die eine Eigenschaft von Korrekturprinzipien aufweist, auf dem Wege der Individualisierung konkretisiert zu werden²³⁰.

Treu und Glauben entspricht aber auch dem Normalfall rechtlicher Betrachtung, regelbildend zu sein. Es ist daher auch ausgeschlossen, dass die Generalklausel jemals die weitere Eigenschaft von Korrekturprinzipien haben kann, auf direkte Regelbildung schon im Zuge des Konkretisierungsaktes zu verzichten²³¹.

Der Grundsatz von Treu und Glauben führt vielmehr bei seiner spezifizierend vorzunehmenden Konkretisierung unmittelbar zur Formulierung von Regeln und entspricht daher vollkommen dem *Normalfall eines Rechtsgrundsatzes*²³². Das Prinzip ist weder ein solches der Modifikation noch eines der Durchbrechung bestehenden Regelrechts²³³. Bei seiner Anwendung werden höchstens neue Regeln geschaffen, welche das bisher bestehende Regelrecht aber unberührt lassen.

Abschliessend kann zum Verhältnis von Treu und Glauben und Rechtsordnung festgehalten werden, dass der Grundsatz keinerlei Korrekturfunktion gegenüber der

228 Vgl. dazu oben S. 61/2, lit. A.

229 Vgl. dazu oben S. 62, lit. B.

230 Vgl. allgemein zu dieser Eigenheit von Korrekturprinzipien oben S. 77, lit. b, sowie S. 124/25, Ziff. 1.

231 Vgl. allgemein zu dieser Eigenheit von Korrekturprinzipien oben S. 77/8, lit. c, S. 125 ff., Ziff. 2., sowie S. 130, Ziff. 2. und 3.

232 Vgl. dazu auch oben S. 129/30, Ziff. 1.

233 Vgl. allgemein zu diesen beiden Möglichkeiten von Korrekturprinzipien oben S. 77, lit. a; ferner allgemein zu den Eigenheiten eines Korrekturprinzips der Regeldurchbrechung oben S. 81, Ziff. 3.

Regelhaftigkeit des bestehenden Rechts hat, sondern in jeder Beziehung dem Normalfall eines regelbildenden Rechtsprinzips entspricht.

IV. Bedeutung und Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung von Treu und Glauben

A. Einleitende Bemerkungen

Im Zentrum der folgenden Ausführungen stehen nur die Bedeutung, die der positivrechtlichen Herleitung des Prinzips von Treu und Glauben beizumessen ist, sowie das Ausmass, in dem diese Abstützung auf das positive Recht im heutigen schweizerischen Recht vollzogen ist. Es wird demnach noch nichts über die Anwendbarkeit des Grundsatzes ausgesagt. Dazu werden später gesonderte Erörterungen folgen²³⁴.

B. Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung für die Erkenntnis des Prinzips von Treu und Glauben

1. Das Genügen der Positivierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB als Erkenntnisgrundlage für Treu und Glauben

Die Fixierung von Treu und Glauben im ZGB hat die Erklärung des Geltungsanspruches des Prinzips anfänglich leicht gemacht²³⁵. Das entspricht einer allgemeinen Einsicht zu den Erkenntnisgrundlagen von Rechtsprinzipien²³⁶. Gemäss dem Erkenntnisgrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB lässt sich die Generalklausel von Treu und Glauben ohne Schwierigkeiten als eine solche des gesamten Privatrechts verstehen²³⁷. Für den Bereich des Bundeszivilrechts gibt die Positivierung darüber hinaus einen einwandfreien Begründungszusammenhang für die praktische Verwendung des Grundsatzes ab.

Obwohl der Erkenntnisakt als solcher damit gültig vollzogen worden ist und ausserdem bestimmte Sachbereiche haben entdeckt werden können, die eine Verwendung des Prinzips auch im öffentlichen Recht einleuchten lassen²³⁸, haben sich

234 Vgl. dazu unten S. 301 ff., § 21.

235 Vgl. dazu oben S. 222 ff., Ziff. 2.

236 Vgl. dazu oben S. 88, Ziff. III.

237 Vgl. dazu oben S. 210/11, Ziff. 2., sowie S. 211/12, Ziff. 3.

238 Vgl. zu diesen, die Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht überschneidenden Sachbereichen oben S. 212 ff., Ziff. 4.

bei der Untersuchung zu einer generellen Übertragung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht Schwierigkeiten ergeben, die erst dank der Erforschung einer weiteren Erkenntnisgrundlage aus dem Weg zu räumen sind²³⁹.

2. Das Ungenügen der Positivierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB zum Verständnis der allgemeinen Geltung von Treu und Glauben

Als Erkenntnisgrund des Prinzips von Treu und Glauben vermag zwar dessen Fixierung im ZGB zu genügen. Diese positivrechtliche Herleitung reicht aber nicht aus, um die umfassende Geltung des Prinzips auch im öffentlichen Recht zu erklären. Davon geben die folgenden Worte, die sich auf beide Bestimmungen des Art. 2 ZGB zu beziehen scheinen, beredtes Zeugnis²⁴⁰:

“Es kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe Art. 2 des Zivilgesetzbuches auch für das öffentliche Recht verbindlich erklären wollen ... Ihre Begründung kann daher nur eine allgemein rechtstheoretische oder rechtsphilosophische sein, ...”

Erst die Erkenntnis des Prinzips von Treu und Glauben als jeder Rechtsordnung in umfassendster Weise vorgegeben²⁴¹ lässt seine Übertragung in das gesamte öffentliche Recht²⁴² aus erkenntnistheoretischer Sicht vollkommen verständlich werden²⁴³. Das bestätigt am Beispiel von Treu und Glauben, dass der Erkenntnisakt eines Prinzips als solcher ganz allgemein und bei vorgegebenen Prinzipien im besonderen im Grunde genommen von einer positivrechtlichen Herleitung unabhängig ist²⁴⁴. Für die tiefgreifende Erkenntnis des Grundsatzes von Treu und Glauben ist demnach die positivrechtliche Rechtfertigung von untergeordneter Bedeutung.

C. Die weitere Bedeutung positivrechtlicher Rechtfertigung von Treu und Glauben

Ist ein Prinzip als vorgegebenes erkannt, bedarf es dennoch zu seiner praktischen Verwendbarkeit eines Begründungszusammenhanges mit der geltenden Rechtsord-

239 Vgl. dazu die Hinweise oben S. 219, vor Anm. 79, S. 222, vor Anm. 98, sowie S. 224, vor Anm. 114.

240 Vgl. Hartmann, SJZ, S. 231.

241 Vgl. zur Vorgegebenheit von Treu und Glauben oben S. 228 ff., Ziff. 4.

242 Vgl. zur Ausdehnung von Treu und Glauben in den Sachbereich des öffentlichen Rechts oben S. 215 ff., Ziff. 5.

243 Vgl. dazu oben S. 233, lit. e.

244 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 84 ff., Ziff. II., bes. S. 85/6, lit. B.

nung²⁴⁵. Sowohl für die Benutzung eines Prinzips als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit²⁴⁶ als auch in noch stärkerem Masse für seine Justiziabilität²⁴⁷ ist im Herrschaftsbereich kodifizierten Rechts eine gründliche positivrechtliche Herleitung unverzichtbar.

Diesen Anforderungen muss auch der Grundsatz von Treu und Glauben im Falle seiner Anwendung gerecht werden. Die Einzelheiten der Anwendbarkeit des Prinzips werden — wie schon gesagt — später zur Rede kommen. Inwieweit der nötige Begründungszusammenhang für die praktische Verwendbarkeit vorhanden ist, soll nunmehr für das schweizerische Recht festgestellt werden.

D. Das Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung von Treu und Glauben in der geltenden Rechtsordnung

1. Im Privatrecht

Für das gesamte Bundesprivatrecht reicht die Positivierung von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB als Begründungszusammenhang jeder allfälligen Anwendung aus²⁴⁸. Auch für das kantonale Privatrecht fällt die Ermittlung eines ausreichenden Begründungszusammenhanges nicht allzu schwer. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB, wie etwa jenes des Kantons Zürich es tut, die Bestimmungen des ZGB ausdrücklich als ergänzendes Recht vorbehalten²⁴⁹. Zum andern dürfte das Prinzip von Treu und Glauben wohl in allen kantonalen Privatrechten, die das ZGB nicht als ergänzendes Recht vorbehalten, zum heutigen Zeitpunkt auf gewohnheitsrechtlicher Basis gelten, galt es doch auf diese Weise schon vor Erlass des ZGB²⁵⁰. Zudem unterstehen Rechtsverhältnisse aus der Zeit vor Erlass des ZGB den Bestimmungen von Art. 2 ZGB, da diese zu den um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellten Vorschriften gehören und daher rückwirkende Geltung entfalten²⁵¹.

245 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 35, vor Anm. 54.

246 Vgl. dazu allgemein oben S. 88/9, Ziff. IV.

247 Vgl. dazu allgemein oben S. 89 ff., Ziff. V.

248 Vgl. dazu schon oben S. 210/11, Ziff. 2.; ferner etwa BGE 44 II 445.

249 Vgl. bezüglich des Kantons Zürich § 275 EG ZGB ZH, im Wortlaut wiedergegeben oben S. 189, Anm. 83.

250 Vgl. dazu oben S. 177/78, Ziff. 3.; die Positivierung im ZGB kann diesbezüglich nur als verstärkender Motor zu gewohnheitsrechtähnlicher Anerkennung in kantonalen Privatrechten gewirkt haben.

251 Vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB: "Die Bestimmungen dieses Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat." Vgl. ferner etwa BGE 38 II 462/63, E. 2., sowie 97 II 394/95, E. 3. Vgl. ferner auch Merz, N 78 zu ZGB 2.

Für das gesamte Zivilrecht, sei es eidgenössisches oder kantonales, besteht demnach ein genügender Begründungszusammenhang für die praktische Verwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

2. Im öffentlichen Recht

Hier musste sich der Mangel aller vorgegebenen Prinzipien, einen anerkannten Begründungszusammenhang trotz Vorgegebenheit erst noch finden zu müssen, stärker auswirken²⁵². Das fand früher seinen Niederschlag darin, dass der Weg zur positivrechtlichen Rechtfertigung der praktischen Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht über eine Übernahme der Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 ZGB gesucht wurde²⁵³. Seit einigen Jahren ist jedoch für das gesamte öffentliche Recht ein fester Begründungszusammenhang des Prinzips mit Art. 4 BV geschaffen und anerkannt worden²⁵⁴. Zudem wird der Grundsatz von Treu und Glauben in neueren Gesetzen des öffentlichen Rechts vermehrt noch zusätzlich positiviert²⁵⁵.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass dem Grundsatz dank der Herstellung eines Begründungszusammenhangs mit Art. 4 BV in allen Bereichen des öffentlichen Rechts eine genügende positivrechtliche Rechtfertigung für seine praktische Verwendung gesichert ist. Nur in diesem Zusammenhang spielt es eine Rolle, das Prinzip von Treu und Glauben als verfassungsrechtliches einzustufen, weil ihm damit die durchgehende Anwendbarkeit im öffentlichen Recht endgültig zugebilligt ist²⁵⁶. Im übrigen bleibt es dabei, dass eine Festlegung auf einer bestimmten normhierarchischen Stufe für das Prinzip als solches von zweitrangiger Bedeutung ist²⁵⁷. Das wird gerade im öffentlichen Recht dadurch bestätigt, dass das Prinzip von Treu und Glauben auch vor seiner Verankerung in Art. 4 BV unter Verwendung etwas umständlicherer Begründungen zur Anwendung gelangte, wo es für nötig erachtet wurde. Ein vorgegebenes Prinzip, wie es dasjenige von Treu und Glauben ist, setzt sich eben dank seiner ausgeprägten Selbstevidenz irgendwann durch und zur Ab-

252 Die Notwendigkeit eines Begründungszusammenhangs bestätigen übrigens auch die folgenden Worte von Simonius, S. 254: "Die Aufnahme in das Gesetz verstärkt, auf dem Kontinent jedenfalls, wo man das Recht vorwiegend im Gesetz erblickt, oft das Gefühl, durch den Grundsatz unbedingt verpflichtet zu sein."

253 Vgl. dazu oben S. 222/23, nach Anm. 101, mit weiteren Hinweisen.

254 Vgl. zu den einzelnen Etappen der Anerkennung im öffentlichen Recht den Überblick oben S. 215 ff., Ziff. 5.; ferner ausführlich zu diesem Begründungszusammenhang mit Art. 4 BV als der "Grundlage des Rechtsstaates" BGE 94 I 520 ff., E. 4. a), bes. S. 521 daselbst.

255 Vgl. etwa § 50 Abs. 1 ZPO ZH, im Wortlaut wiedergegeben oben S. 215, nach Anm. 47.

256 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Verankerung von Treu und Glauben auch Art. 5 Abs. 3 des Entwurfes für eine neue Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1977, wo unter dem Titel "Allgemeine Rechtsgrundsätze" (sic!) zu lesen steht: "Staatliche Organe und Private schulden einander Treu und Glauben."

257 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 28, Ziff. II.

sicherung seiner Anwendbarkeit wird folglich über kurz oder lang auch der nötige Begründungszusammenhang gefunden²⁵⁸.

V. Resultate der weiteren Analyse des Grundsatzes von Treu und Glauben

Sofern wirklich nur die Aussage des Grundgedankens von Treu und Glauben übertragen wird, ist der in Art. 2 Abs. 1 ZGB verkörperte Grundsatz nicht nur ein solcher des Privatrechts, sondern auch einer des öffentlichen Rechts. Das Prinzip von Treu und Glauben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der beiden grossen Sachbereiche der geltenden Rechtsordnung.

Hinsichtlich der Erkenntnisgrundlagen ist das Prinzip seit seiner Positivierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB ohne Zweifel ein in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes. Weil es zudem ausdrücklich positiviert worden ist, kann es als Generalklausel bezeichnet werden.

Die umfassende Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben lässt sich erst auf Grund seiner in Entsprechung zu Wesenhaftigkeiten von Lebenserscheinungen zu erkennenden Vorgegebenheit verstehen, da diese Wesenhaftigkeiten in allen Bereichen der von der Rechtsordnung zu regelnden Lebensverhältnisse anzutreffen sind. Im Rahmen dieser sich aus der Natur der Sache ergebenden Konstellation, aber auch nur innerhalb dieses Rahmens und nur mit der dafür ermittelten Aussage, eine gewisse Loyalität der Rechtshandhabung zu üben, kann der Grundsatz in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen kommen.

Die Generalklausel von Treu und Glauben hat eigenen eindeutig ethischen Gehalt. Aus diesem Grunde enthält Art. 2 Abs. 1 ZGB ein ethisches Prinzip oder, der ausdrücklichen Positivierung wegen, eine ethische Generalklausel. Infolge der ausgesprochenen Gebotsform der Aufforderung zum Handeln nach Treu und Glauben ist das Prinzip insofern eine *lex imperfecta*, als es keine unmittelbaren eigenen Rechtsfolgen auszulösen vermag. Dafür bedürfte es einer Verbotsnorm, die sich Treu und Glauben mindestens zu einem der Massstäbe ihrer Rechtsfolge erköre. Hierin liegt der wesentliche Berührungspunkt von Treu und Glauben mit dem Rechtsmissbrauchsverbot, der jedoch erst bei der genaueren Analyse des letzteren näher erörtert wird.

Nicht nur die Rechtsqualität, sondern auch die objektivierende Massstabfunktion der durch Treu und Glauben ins Recht integrierten Anforderungen ethischer Art

258 Vgl. zur Selbstevidenz von Prinzipien im allgemeinen schon oben S. 13, nach Anm. 49, sowie S. 28, nach Anm. 11; ferner zur ausgeprägten Selbstevidenz vorgegebener Prinzipien im besonderen oben S. 33/4, bei Anm. 45.

bewirkt, dass das Prinzip an der Tendenz des Rechts und jeder rechtlichen Betrachtungsweise zur Regelbildung und zur Regelmässigkeit partizipiert.

Regelbildungseigenschaft und spezifizierende Denkweise sind unauflöslich miteinander verbunden. Daher muss die Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben diejenige der Spezifizierung sein. Bei der Konkretisierung des Prinzips wird der Denkweg der Besonderung eingeschlagen, wobei es zugleich zur Ausprägung von Regeln kommt. Dabei müssen Standards, als Erfahrungsregeln ethischer Art, eine Rolle spielen; sie müssen freilich immer am zugrundeliegenden ethischen Massstab von Treu und Glauben gemessen und für genügend befunden werden.

Bezüglich seines Verhältnisses zur Rechtsordnung entspricht der Grundsatz von Treu und Glauben demnach in allen Teilen dem Normalfall eines Rechtsprinzips und er hat keinerlei Korrekturfunktion gegenüber der Regelmässigkeit des Rechts.

Wenn auch das ZGB als Erkenntnisgrundlage von Treu und Glauben zu genügen vermag, eröffnet doch erst die Qualifikation des Prinzips als eines vorgegebenen den Zugang zu seinem vollständigen Verständnis und zur Berechtigung seiner umfassenden Anwendung in beiden grossen Sachbereichen des Rechts. Das hat zur Folge, dass die positivrechtliche Rechtfertigung des Grundsatzes aus Art. 2 Abs. 1 ZGB nur für das Privatrecht, wenn auch für jenes des Bundes wie mehrheitlich für dasjenige der Kantone, zu genügen vermag. Die Vorgegebenheit kann für sich alleine keinen Begründungszusammenhang für die Verwendung des Prinzips im Bereich des öffentlichen Rechts abgeben. Seit einiger Zeit gilt die positivrechtliche Herleitung des Prinzips aus dem als Rechtsstaatsklausel verstandenen Gleichheitsgebot des Art. 4 BV als anerkannt. Damit ist auch für das gesamte öffentliche Recht ein ausreichender Begründungszusammenhang für die praktische Anwendbarkeit von Treu und Glauben geschaffen.

Die positivrechtliche Rechtfertigung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben auf den normhierarchisch so verschiedenen Stufen von Verfassung und Zivilgesetzbuch bestätigt – am Beispiel von Treu und Glauben – eindrücklich das Durchsetzungsvermögen vorgegebener Prinzipien. Die ausserordentlich starke Selbstevidenz des Prinzips führt zwangsläufig zur Entdeckung der zwecks Anwendung von Treu und Glauben benötigten Begründungszusammenhänge; deren rechtstechnische Stufe ist daher von untergeordneter Bedeutung. Trotzdem ist die ausdrückliche Positivierung des Gebotes, nach Treu und Glauben zu handeln, in Art. 2 Abs. 1 ZGB eine grossartige Leistung und unterstützt die Überzeugung von der Notwendigkeit des Prinzips.

§ 19 ABSCHLIESSENDE INHALTSBESTIMMUNG DES GEBOTES VON TREU UND GLAUBEN

I. Vorbemerkungen

Vor dem Hintergrund sämtlicher bisheriger Erläuterungen zum Grundsatz von Treu und Glauben und unter Übernahme seines ermittelten Grundgedankens soll jetzt der Versuch einer abschliessenden Begriffsbestimmung von Treu und Glauben unternommen werden¹. Bei diesem Unterfangen muss v.a. der umfassenden Verwendbarkeit der Aussage des Prinzips Beachtung geschenkt werden, um keine zu enge Umschreibung des Begriffes von Treu und Glauben zu wählen. Es sei vorweg betont, dass diese Begriffsbestimmung selbstverständlich nichts grundlegend Neues bringt, weil sich die ganzen Erörterungen dazu im Rahmen bewegen, der durch den Grundgedanken und die Analyse des Grundsatzes abgesteckt worden ist. Es kommt einzig ein terminologischer Vorschlag heraus, der sich inhaltlich mit den üblichen Umschreibungen des Prinzips von Treu und Glauben deckt². In einem Anhang wird zur Kontroverse Stellung genommen, ob Treu und Glauben den Inhalt des jeweiligen Rechts unmittelbar bestimme oder bloss dessen Ausübung beschränke³. Vorausgeschickt seien zunächst einige Worte der Abgrenzung gegenüber anderen Rechteinrichtungen⁴.

II. Zur Abgrenzung von Treu und Glauben gegenüber gutem Glauben und guten Sitten

A. Einleitende Bemerkungen

Mancherlei Abgrenzungen des Prinzips von Treu und Glauben erübrigen sich m.E. nach den bisherigen, eingehenden Erläuterungen. Alle wichtigen Grenzziehungen sind in den betreffenden Kommentaren gültig vollzogen worden. Sie sollen hier nicht einfach wiederholt werden und es genüge der Hinweis auf sie⁵. Im Vordergrund der nachfolgenden Gedanken stehen zwei Rechteinrichtungen, deren

1 Vgl. dazu unten S. 257 ff., Ziff. III.

2 Vgl. dazu unten S. 263, lit. C.

3 Vgl. dazu unten S. 264/65, Ziff. IV.

4 Vgl. dazu sogleich S. 251 ff., Ziff. II.

5 Vgl. als konzentrierten Überblick zu den wichtigsten Abgrenzungen vor allem Merz, N 81 ff. zu ZGB 2, mit vielen weiteren Hinweisen.

Verwandschaft mit Treu und Glauben ausschliesslich darin besteht, dass sie ebenfalls ethischen Anschauungen zu Rechtsverbindlichkeit verhelfen. Es geht um die Abgrenzung gegenüber dem guten Glauben auf der einen und den guten Sitten auf der anderen Seite. Damit kein Zweifel offenbleibt, sei vorweggenommen, dass auch diese Grenzen gültig gezogen sind. Es werden einzig gewisse Ergänzungen angebracht werden, die sich aus der Untersuchung von Treu und Glauben in der vorliegenden Arbeit ergeben.

B. Zum Unterschied von Treu und Glauben und gutem Glauben

1. Das gegenseitige Verhältnis der beiden Vorstellungen

a) Im allgemeinen

Der Begriff der bona fides umfasste während Jahrhunderten gleichzeitig die Grundgedanken der beiden Vorstellungen, die heute die Bezeichnungen "guter Glauben" und "Treu und Glauben" tragen. Es ist eine Entwicklung der neueren deutschen Rechtssprache, dass die beiden Namen für verschiedene Aussagen stehen⁶. Der gute Glaube meint heute einzig und allein, dass Aussagen oder Tatsachen, die ausserhalb des eigenen Wirkungskreises des Gutgläubigen geschehen, für wahr gehalten werden, obwohl sich im Falle des Wissens über sie das Bewusstsein der Unrichtigkeit einstellen würde, und dass entsprechend zu dieser falschen Vorstellung gehandelt wird⁷. In unübertroffenen Worten fasst *P. Jäggi* den Charakter des guten Glaubens wie folgt zusammen⁸:

"Er ist, für sich genommen, etwas Negatives und, als innere Tatsache, nur das zusätzliche Element eines mangelhaften Grundtatbestandes. Seine günstige Bewertung setzt nicht notwendigerweise voraus, dass das Unrechtsbewusstsein entschuldbar fehlt. Kurz: *Guter Glaube ist das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels.*"

Eine fundamentale Verschiedenheit zwischen den beiden jetzt betrachteten Grössen liegt daher darin, dass der Grundgedanke von Treu und Glauben "von durchaus *objektivem* Gehalt"⁹ ist, während der gute Glaube "etwas *Subjektives*, eine Tatsache des Seelenlebens"¹⁰ betrifft.

6 Vgl. dazu eingehend Jäggi, N 16 ff. zu ZGB 3.

7 Vgl. dazu eingehend Jäggi, N 31 ff. zu ZGB 3.

8 Vgl. Jäggi, N 30 zu ZGB 3.

9 Vgl. Egger, N 4 zu ZGB 3.

10 Vgl. Egger, N 4 zu ZGB 3.

b) Der Berührungspunkt in der Begrenzung des Gutglaubensschutzes

Zur Bestimmung desjenigen guten Glaubens, der nach Art. 3 Abs. 1 ZGB geschützt ist, kommt es entscheidend auf das Ausmass der gebotenen Aufmerksamkeit an. Es gilt nun aber nicht die normale Beweisregel des Art. 8 ZGB, dass derjenige, der behauptet, gutgläubig zu sein, den guten Glauben auch zu beweisen hat, sondern Art. 3 Abs. 1 ZGB "befreit ihn von dieser Beweislast"¹¹. Das ist die Hauptaufgabe der letztgenannten Bestimmung. Die Ursache dieses Gutglaubensschutzes liegt zum einen darin, dass im Zweifelsfalle eine redliche Gesinnung angenommen werden soll, solange nicht das Gegenteil angenommen werden muss¹². Zum andern tritt immer noch ein besonderer Grund hinzu¹³. Einer dieser besonderen Gründe kann sein, dass der Gegeninteressent Anlass dazu gegeben hat, "dass der Rechtsmangel entstanden ist, oder sich auswirken konnte"¹⁴. Die Verursachung so entstehenden Rechtsscheines durch einen anderen Beteiligten ist es, deren Folgen der Gutgläubige nicht soll tragen müssen.

"Bei dieser (*Kausal-/Haftung für den veranlassten Rechtsschein*)"¹⁵ wäre, nebenbei bemerkt, m.E. ein Ausgangspunkt zur Begründung der Rechtsfolgen falscher oder mangelhafter Auskünfte von Behörden zu suchen und nicht etwa im Grundsatz von Treu und Glauben¹⁶. Eine Verankerung solchen Gutglaubensschutzes für das öffentliche Recht in der Rechtsstaatsklausel des Art. 4 BV sollte m.E. nicht allzu schwerfallen und böte die Möglichkeit, der privatrechtlich gesicherten Unterscheidung zwischen Treu und Glauben und gutem Glauben auch für die Belange des öffentlichen Rechts die nötige Anerkennung zu sichern.

Nach diesem Beispiel ist nun die Brücke zum Berührungspunkt der beiden Begriffe zu schlagen: Wo es darum geht, das Vorhandensein der nach den Umständen

11 Vgl. Jäggi, N 92 zu ZGB 3; Art. 3 Abs. 1 ZGB lautet im übrigen folgendermassen: "Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten." Diese Vorschrift geht derjenigen des Art. 8 ZGB vor, welche die grundlegende Beweisregel darstellt und wie folgt lautet: "Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet." Art. 3 Abs. 1 ZGB bestimmt es nun eben anders.

12 Vgl. dazu Jäggi, N 55 zu ZGB 3.

13 Vgl. dazu Jäggi, N 56 ff. zu ZGB 3.

14 Vgl. Jäggi, N 57 zu ZGB 3.

15 Vgl. Jäggi, N 57 zu ZGB 3; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

16 Darauf ist schon mehrfach hingewiesen worden: vgl. oben S. 213/14, lit. b, bes. S. 214, nach Anm. 38; S. 218, nach Anm. 69; ferner auch S. 237, vor und in Anm. 190. Vgl. ferner auch etwa den folgenden Satz in BGE 76 I 190: "Denn der Rechtsuchende braucht nicht damit zu rechnen, dass die Belehrung über die Voraussetzungen für die Beschwerdeführung fehlerhaft sei." Hier wird "richtigerweise ... auf die für den Schutz des guten Glaubens massgebenden Kriterien abgestellt" (vgl. Sameli, S. 303).

notwendigen Aufmerksamkeit zu widerlegen¹⁷, um der Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB den Boden zu entziehen¹⁸, was im Grunde genommen zum nach Art. 4 ZGB zu beurteilenden Ermessensbegriff der gebotenen Sorgfalt führt¹⁹, spielt das Durchschnittsmass der üblichen Aufmerksamkeit eine gewichtige Rolle²⁰. Zur Bestimmung dieses Durchschnittsmasses an Aufmerksamkeit, das verlangt werden darf und kann, vermag der Massstab von Treu und Glauben einiges beizutragen²¹. Die Aufmerksamkeit, die nach den Umständen erwartet werden darf, ergibt sich zum grossen Teil auch aus Überlegungen zur Sorgfalt, wie sie von einer loyalen Haltung der betreffenden Einzelperson verlangt werden kann. Als Hilfsmittel der Ermittlungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 ZGB vermag Treu und Glauben demnach Erhebliches zu leisten²².

c) Der entscheidende Unterschied

Wo die Gesinnung eines an einem tatsächlichen Lebensvorgang Beteiligten in Frage steht, kann nach seinem guten Glauben geforscht bzw. der Versuch unternommen werden, die Vermutung zugunsten des guten Glaubens zu erschüttern. Daher ist der *gute Glaube* in den Fällen, wo das Gesetz an ihn eine Rechtswirkung geknüpft hat²³, ein ganz normales *Tatbestandselement*. "Daher fragt es sich im Einzelfall, ob er vorliegt"²⁴. Der gute Glaube ist *entweder vorhanden oder er fehlt*; insofern geht es nur darum, das Vorhandensein eines Tatbestandselementes zu prüfen, und nur bezüglich dieses einen Tatbestandselementes wirkt sich in einem behördlichen Verfahren die Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB aus²⁵.

Ganz anders geht es bei dem Handeln nach Treu und Glauben darum, "einen festgestellten Tatbestand rechtlich zu beurteilen"²⁶, wobei auf Grund der objek-

17 Vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB, der wie folgt lautet: "Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen." Ferner allgemein und ausführlich dazu Jäggi, N 104 ff. zu ZGB 3.

18 Es ist dabei nicht der gute Glaube als solcher zu widerlegen, sondern nur die Berechtigung, sich auf ihn zu berufen; vgl. dazu den Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 ZGB soeben in Anm. 17. Vgl. dazu ausführlicher Jäggi, N 108/09 zu ZGB 3.

19 Vgl. dazu Jäggi, N 115 zu ZGB 3, sowie Meier-Hayoz, N 56 ff. zu ZGB 4, bes. N 64 daselbst.

20 Vgl. dazu Jäggi, N 122 ff. zu ZGB 3.

21 Vgl. dazu auch Jäggi, N 125 zu ZGB 3.

22 In diesem Sinne wohl die Verwendung der "guten Treue" in BGE 94 II 310/11 und 100 II 14 ff., E. 4.

23 Nur in diesen Fällen spielt gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB die Vermutung zugunsten des guten Glaubens.

24 Vgl. Jäggi, N 51 zu ZGB 3.

25 Vgl. dazu Jäggi, N 81/2 und 96/7 zu ZGB 3.

26 Vgl. Jäggi, N 51 zu ZGB 3.

tivierenden Massstabfunktion²⁷ danach zu fragen ist, “wie irgendein redlich Gesinnter sich verhalten haben würde”²⁸ oder, mit anderen Worten, welches Handeln in der gegebenen Lage des Tatbestandes noch als einer gewissen Loyalität der Rechts-handhabung entsprechend taxiert werden kann. Im Gegensatz zum guten Glauben ist also *Treu und Glauben* nicht etwa (subjektives) Tatbestandselement, sondern (objektiver) *Beurteilungsmassstab* für schon feststehende Tatbestände. Insofern handelt es sich bei Art. 2 Abs. 1 ZGB eben um eine Rechtsanwendungsnorm.

2. Eine Ergänzung zum Unterschied

Zum Unterschied zwischen gutem Glauben und Treu und Glauben kann auf Grund des hier vertretenen Begriffes des allgemeinen Rechtsgrundsatzes eine Ergänzung gemacht werden, die m.E. den soeben dargestellten grundlegenden Unterschied in verschärfter Weise wiederholt: Der gute Glaube ist als Tatbestandsmerkmal weder konkretisierungsbedürftig noch konkretisierungsfähig; er hat mit den Denkoperationen des Konkretisierens gar nichts zu tun, sondern muss festgestellt oder verneint werden. Umgekehrt muss das Mass der jeweils loyalen Rechtshandhabung für den einzelnen Fall auf dem Wege der Konkretisierung bestimmt werden. Während es sich bei Treu und Glauben um ein Rechtsprinzip handelt, fehlt dem guten Glauben diese Eigenschaft und er ist reines Tatbestandselement²⁹. Die *Grundsatzqualität* tritt – im Rahmen des in dieser Arbeit entwickelten Begriffes des Rechtsprinzips³⁰ – ergänzend zu den anderen Differenzierungen als *zusätzliches Unterscheidungsmerkmal* für die Abgrenzung von Treu und Glauben und gutem Glauben in Erscheinung³¹: Sie ist der Aussage von Treu und Glauben zuerkannt worden; sie muss dem, was der gute Glaube umschreibt, aberkannt werden.

27 Vgl. dazu oben S. 236/37, lit. a.

28 Vgl. Jäggi, N 51 zu ZGB 3; ferner allgemein zu dieser Unterscheidung zwischen gutem Glauben und Treu und Glauben auch Merz, N 82 zu ZGB 2.

29 Auch Gmür, N 1 zu ZGB 3, hält fest, dass Art. 3 ZGB kein allgemeines Rechtsprinzip beinhalte, und bei Jäggi, N 11 zu ZGB 3, steht zu lesen: “Art. 3 enthält nicht, wie Art. 2, einen für alle Rechtsverhältnisse bestimmten Grundsatz”, wobei hinsichtlich Art. 2 ZGB wohl an den Grundsatz von Treu und Glauben gedacht ist. Es ist aber bei den beiden genannten Autoren nicht gewiss, was sie unter einem Rechtsgrundsatz verstehen.

30 Vgl. zum Begriff des Rechtsprinzips oben S. 25, lit. E.

31 In diesem Sinne wohl auch, unter Hinweis auf Jäggi, N 11, 12, 63 und 69 zu ZGB 3, das Urteil in BGE 96 II 170: “Art. 3 ZGB stellt *nicht* etwa *einen allgemeinen Grundsatz* des Inhalts auf, dass guter Glaube immer und überall vor dem Eintritt von Rechtsnachteilen schütze. Vielmehr schützt das Gesetz den guten Glauben nur in Einzelvorschriften, die *für bestimmte Tatbestände* diesen Schutz anordnen und seine Tragweite umschreiben”; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

C. Zum Unterschied von Treu und Glauben und guten Sitten

1. Der entscheidende Unterschied

Der Begriff der guten Sitten zieht vor allem der Vertragsfreiheit eine unüberschreitbare Grenze der Erlaubtheit schlechthin³². Was gegen die guten Sitten verstösst, ist niemals Rechtes³³. Insofern stellen die guten Sitten jene Grenze dar, welche die Sittlichkeit zwischen Recht und Unrecht unverrückbar zieht, ausserhalb derer die Zielrichtung des Rechts auf die Gerechtigkeit unweigerlich aufgegeben würde³⁴ und die in diesem Sinne die Anforderungen des sog. "ethischen Minimums"³⁵ absichert.

Als Einrichtung des Rechts bewegt sich demgegenüber die Vorstellung von Treu und Glauben immer innerhalb des Bezirkes, den die guten Sitten abstecken. Treu und Glauben beschränkt insofern nie die rechtliche Gestaltungsfreiheit als solche, sondern dient dazu festzustellen, "wie eine als erlaubt vorausgesetzte Rechtsbeziehung richtigerweise zu verstehen sei"³⁶.

Zusammenfassend kann gesagt werden, die *guten Sitten* gäben eine *Grenze des Erlaubten* oder, mit anderen Worten, aus ethischer Sicht die mögliche Bandbreite des Rechts an, während das Prinzip von *Treu und Glauben* seine ethische Massstabfunktion nur *innerhalb der Grenzen* möglichen Rechts entwickelt und zudem selbst in dieser Funktion mittels Parteiabrede von einem Wirksamwerden ausgeschlossen werden kann, ohne dass deshalb an die Grenzen der guten Sitten vorgestossen würde.

2. Eine Ergänzung zum Unterschied

Der einzige Berührungspunkt zwischen guten Sitten und Treu und Glauben liegt darin, dass sie beide zwar ethischen Anforderungen, aber solchen ganz verschiedener Art, zum Ausdruck verhelfen. Dass ansonsten keine Verwandtschaft zwischen den beiden Vorstellungen besteht, erhellt auch daraus, dass dem Grundsatz von Treu und Glauben keinerlei korrektive Funktion gegenüber dem geltenden Regelrecht und seiner Verwendung zu eigen ist³⁷. Er entfaltet sich gegenteils innerhalb dieser

32 Vgl. dazu ausführlicher Hueck, S. 9/10.

33 Vgl. dazu die absoluten Beschränkungen, wie sie Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB jeder Rechtsgestaltung ziehen.

34 Vgl. zu dieser Zielrichtung des Rechts schon allgemein oben S. 50/1, Ziff. 1., sowie S. 51, Ziff. 2.

35 Vgl. Merz, N 34 zu ZGB 2.

36 Vgl. Merz, N 103 zu ZGB 2.

37 Vgl. dazu oben S. 244/45, lit. C., bes. S. 244/45, Ziff. 2.

Regelhaftigkeit und unter Benutzung ihres ureigensten Mittels der Regelbildung. Das schliesst zugleich jede innere Verwandtschaft mit den Grundgedanken von Rechtseinrichtungen aus, die dem Regelrecht Schranken setzen, sei es in Form absoluter Grenzen, wie sie die guten Sitten ziehen, sei es in der Weise allfälliger Korrekturmechanismen, auch solcher prinzipieller Art.

III. Der Begriff von Treu und Glauben

A. Rekapitulation der Umschreibungen des Grundgedankens des Prinzips von Treu und Glauben

1. Die gängigen Umschreibungen der Vorstellung von Treu und Glauben

Alle üblichen sprachlichen Ausdrucksweisen bringen den objektivierten Charakter des Massstabes von Treu und Glauben und die objektivierende Betrachtung bei seiner Benutzung als Beurteilungsstütze in irgendeiner Weise zur Geltung. Für diverse Fundstellen der nachstehend rekapitulierten sprachlichen Formeln darf auf die Hinweise anlässlich der Ausführungen zum Grundgedanken von Treu und Glauben verwiesen werden³⁸. Die Vorstellung von Treu und Glauben will, wo immer sie angerufen wird, ein gewisses Vertrauenselement verwirklichen helfen. Der gegenseitigen Verbundenheit der an den Rechtsbeziehungen beteiligten Personen soll Rechnung getragen werden, indem die jeweils berechtigten Erwartungen nicht einfach übergangen werden. Gleichbedeutend und ausschliesslich für den Grundgedanken von Treu und Glauben³⁹ wird, in Anlehnung an die lateinische Wortkombination *bona fides*, auch noch verschiedentlich vom Handeln in guten Treuen gesprochen⁴⁰. Entgegen dem Einheitsausdruck im französischen und italienischen Sprachgebrauch⁴¹ muss hier im Gefolge der tatsächlich vorhandenen grossen Unterschiede zwischen gutem Glauben und Treu und Glauben⁴² aus den Differenzierungsmöglichkeiten der deutschen Rechtssprache Kapital geschlagen werden. Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens sei daran erinnert, dass diejenigen drei Texte des ZGB, die in den Amtssprachen abgefasst sind, nur einen einheitlichen Rechtsgedanken ausdrücken⁴³ und dass auf Grund einer eingehenden Prüfung durchaus einer dieser

38 Vgl. dazu oben S. 158/59, lit. b und die dortigen Anmerkungen.

39 Und nicht etwa für die Vorstellung vom guten Glauben!

40 Vgl. dazu auch oben S. 148, Ziff. 1.

41 Vgl. dazu die identischen Ausdrücke "bonne foi" und "buona fede" in den italienischen und französischen Fassungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ZGB; ferner zu diesen Unterschieden im Sprachgebrauch der drei Amtssprachen auch Jäggi, N 52 zu ZGB 3.

42 Vgl. dazu oben S. 252 ff., lit. B.

43 Vgl. dazu schon oben S. 240/41, lit. b, bes. S. 240, vor Anm. 206.

drei Wortlaute allein dem gedanklichen Inhalt der Bestimmungen am nächsten kommen kann⁴⁴. Es ist immer das Leitmotiv des Vertrauens oder, genauer, der Gedanke des gegenseitigen Vertrauens, dem die Grundvorstellung von Treu und Glauben zur Anerkennung verhelfen will. Die Forderung nach wechselseitiger Rücksichtnahme meinen auch die Formeln von der schonenden Rechtsausübung oder vom *civilliter uti*⁴⁵.

Im Zentrum aller dieser Ausdrucksweisen stehen die Anforderungen einer gewissen *Redlichkeit* oder *Loyalität* der Rechtsausübung. In jeder Rechtslage und bei jeder Rechtshandhabung muss mit der Beurteilung nach dem Massstab von Treu und Glauben die Erforschung des berechtigten Vertrauens einhergehen⁴⁶; denn „nur das *berechtigte* Vertrauen verdient Schutz“⁴⁷.

2. Unklare Grenzbereiche sprachlicher Ausdrucksweisen

Schon der Ausdruck der guten Treue mag, seiner nahen Verwandtschaft mit dem Begriff der *bona fides* wegen, noch hie und da Anlass zu begrifflichen Verwirrungen bezüglich der sehr verschiedenen Vorstellungen von Treu und Glauben und gutem Glauben geben⁴⁸. Dennoch wird er überwiegend und ziemlich einheitlich als Synonym für Treu und Glauben verwendet⁴⁹.

In sprachlicher Hinsicht liegt der bedeutsamste Ansatzpunkt zu Unklarheiten m.E. vorrangig beim Wort *Vertrauen* und seinen verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten mit weiteren sprachlichen Elementen. Dass der Begriff des Vertrauensprinzips, eines konkretisierten Untergrundsatzes von Treu und Glauben⁵⁰, an und für sich ungenau und Anlass zu Missverständnissen ist, wurde schon vor Jahren betont⁵¹. Soweit aber das Vertragsrecht in Frage steht, ist heute wohl allgemein anerkannt und in der Praxis eingelebt, dass der Vertrauens Theorie und dem Vertrauensprinzip nur der Schutz des berechtigten Vertrauens entspricht.

44 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 110 und 115 zu ZGB 1.

45 Vgl. zu den beiden letztgenannten Ausdrücken oben S. 151 ff., Ziff. III.

46 Vgl. zu den Rechtsbegriffen der Rechtsposition und der Rechtshandhabung oben S. 229/30, lit. b.

47 Vgl. Meier-Hayoz, Diss., S. 89.

48 Vgl. dazu etwa den folgenden Satz aus BGE 95 II 227, der wohl mit dem gemeinsamen Ursprung von Treu und Glauben und gutem Glauben aus der *bona fides* erklärt werden muss: „Danach ist der gute Glaube demjenigen zuzuerkennen, der in guten Treuen gehandelt hat“; im gleichen Sinne auch BGE 99 II 146, E. 6. d).

49 Vgl. dazu z.B. BGE 100 II 22, E. 3. a).

50 Vgl. dazu Merz, N 123 ff. zu ZGB 2, sowie Meier-Hayoz, Diss., S. 132/33; ferner auch Egger, N 13 zu ZGB 2. Davon unberührt bleibt die Selbständigkeit des Erkenntnisaktes des Vertrauensprinzips, wie sie oben S. 86/7, Ziff. 2., dargestellt worden ist. Vgl. ferner zum Vertrauensprinzip auch noch unten S. 274, Ziff. 1.

51 Vgl. dazu ausführlich Meier-Hayoz, Diss., S. 110, Ziff. I., sowie S. 113 ff., § 38, daselbst.

Wenn nun aber, unabhängig von einem bestimmten Rechtsbereich, die Bezeichnung *Vertrauensschutz* gebraucht wird⁵², ist m.E. der Kernpunkt zur Verwischung der Unterschiede zwischen Treu und Glauben und gutem Glauben wieder erreicht. Wenn nämlich bei dieser Bezeichnung nicht genau gesagt wird, ob nur eine subjektive Bewusstseinslage und somit der gute Glaube und sein Schutz, oder aber das objektive Mass berechtigten Vertrauens, womit Treu und Glauben angesprochen wäre, gemeint ist, kann unmöglich klar sein, welches dieser möglichen Vertrauen nun geschützt sein soll. Der Ausdruck Gutglaubensschutz wäre – wenn er auch nicht eben schön klingen mag – allemal verständlicher, brächte er doch den Unterschied zu Treu und Glauben deutlich zur Kenntnis. Im mindesten so lange, als die Bedeutung der Figur des Vertrauensschutzes nicht endgültig festgelegt ist, was m.E. heute nicht der Fall ist⁵³ und angesichts der Zweideutigkeit des sprachlichen

52 So wird etwa in BGE 96 II 169 der "Schutz des Vertrauens auf die Richtigkeit behördlicher Angaben" auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestützt; vgl. sodann z.B. BIZR 67 (1968) Nr. 38, S. 150: "Ausnahmsweise ist jedoch der Vertrauensschutz höher zu werten als das Legalitätsinteresse. Das gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dort, wo der Private durch eine unrichtige behördliche Rechtsmittelbelehrung in einen entschuldbaren Irrtum über die Dauer der Frist versetzt wird und deshalb nicht rechtzeitig das Rechtsmittel ergreift (...)." Während die im Zitat enthaltene Argumentation hinsichtlich des Vertrauensschutzes in die Richtung des Gutglaubenschutzes zu weisen scheint (d.h. auf ein Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz Rechtsmangels, das geschützt werden müsste), stützte das Obergericht gleich im Anschluss an den wiedergegebenen Ausschnitt diesen sog. Vertrauensschutz auf das "Prinzip von Treu und Glauben" ab. Vgl. aber andererseits auch die Anerkennung "des Schutzes des guten Glaubens" als verfassungs- und verwaltungsrechtliches Prinzip in BGE 102 Ib 67; dabei kann es sich allerdings nicht um ein Prinzip im Sinne der hier vertretenen Terminologie handeln, da es nur um den Schutz des guten Glaubens als eines tatbeständlichen Elementes gehen kann (vgl. dazu oben S. 252 ff., lit. B., bes. S. 255, Ziff. 2.).

53 Verwirrend sind in diesem Zusammenhang etwa die folgenden Formulierungen: "Ob ein Rechtsuchender die Folgen einer falschen Rechtsmittelbelehrung zu tragen hat, wird in diesem Entscheid unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beurteilt, wobei richtigerweise nicht auf Art. 2 ZGB verwiesen, sondern auf die für den Schutz des guten Glaubens massgebenden Kriterien abgestellt wird" (vgl. Sameli, S. 303); die Widersprüchlichkeit dieses Satzes löst sich nur auf, wenn man hinter ihm den Einheitsausdruck der "bonne foi" oder der bona fides erblickt, wovon m.E. Abstand zu nehmen ist (vgl. oben S. 257/58, nach Anm. 40). Es wird auch etwa von der Verbindlichkeit einer behördlichen Zusicherung gesprochen, "sofern der Betroffene gutgläubig bzw. sein Vertrauen in das Verhalten der Behörde berechtigt war" (vgl. Sameli, S. 364); dabei vermag m.E. der Grundsatz von Treu und Glauben nur bei der Ermittlung, ob der Betroffene der behördlichen Zusicherung vertrauen durfte und konnte, Hilfe zu leisten und die Frage nach dem guten Glauben, d.h. dem Fehlen des Unrechtsbewusstseins über den Rechtsmangel, ist ebenso getrennt davon zu beantworten, wie die Rechtsfolge der Verbindlichkeit der Zusicherung als möglicher Fall des Gutglaubenschutzes für sich allein beurteilt werden muss. Auch im folgenden Satz fliessen m.E. sowohl die Vorstellung des berechtigten Vertrauens im objektiven Sinne von Treu und Glauben als auch die subjektive Komponente des Tatbestandselementes des guten Glaubens und seines Schutzes ineinander: "Mit der im öffentlichen Recht verwendeten Formel des 'berechtigten Vertrauens' ist das gleiche gemeint, was für den Vertrauensschutz im Privatrecht gilt, und die Voraussetzungen für den Schutz des guten Glaubens sind denn auch grundsätzlich die gleichen" (vgl. Sameli, S. 380).

Elementes des Vertrauens wohl noch lange ungewiss bleiben wird, ist der Begriff *Vertrauensschutz* für die Kennzeichnung des Grundgedankens von *Treu und Glauben* am besten wegzulassen und daher *abzulehnen*. Es ist immer treffender und verständlicher, vom auf Grund der Sachlage berechtigten Vertrauen zu sprechen, wenn die Vorstellung von Treu und Glauben anvisiert ist.

B. Bestimmung des Begriffs von Treu und Glauben

1. Einleitende Bemerkungen

Es ist bisher mehrheitlich vom Grundgedanken oder der Vorstellung von Treu und Glauben die Rede gewesen, wenn es um die inhaltliche Aussage der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB gegangen ist. Ziel der folgenden Ausführungen ist es, dieses gedankliche Gebilde unter Verwendung anderer sprachlicher Mittel, als sie die üblichen Umschreibungen benutzen, begrifflich zu fixieren⁵⁴. Dabei muss auf dreierlei Eigenschaften von Treu und Glauben besondere Rücksicht genommen werden: Erstens muss der Grundgedanke ohne Veränderungen, d.h. ohne inhaltliche Verengung oder Erweiterung, begrifflich erfasst werden; zum zweiten sollte in den Begriff ein Element eingebaut werden, das die besondere Allgemeinheitsstufe widerspiegelt, weil es sich bei Treu und Glauben um ein Rechtsprinzip handelt; drittens endlich soll der Begriff die objektivierte Massstabfunktion des Beurteilungskriteriums namens Treu und Glauben andeuten.

2. Die Begriffselemente

a) Die Verlässlichkeit

Verlässlichkeit bedeutet in der Umgangssprache und gemäss Wörterbüchern schlicht Zuverlässigkeit⁵⁵. Sie gibt aber der Vorstellung des "Sich-verlassen-Dürfens", die wesentlicher Teil der Vorstellung von Treu und Glauben ist, insofern schon Raum, als verlässlich im allgemeinen nur sein kann, worauf man sich tatsächlich verlassen darf, und nicht schon einfach, woran man blind glaubt⁵⁶.

54 Vgl. rekapitulierend zu den üblichen Umschreibungen des Grundgedankens von Treu und Glauben oben S. 257/58, Ziff. 1.; diese Umschreibung mit anderen Worten bringt nichts grundlegend Neues und dient nur als Versuch der Verdeutlichung, was schon oben S. 251, Ziff. I., angekündigt worden ist.

55 Vgl. dazu etwa Das Deutsche Wort oder Der Neue Brockhaus unter dem Stichwort verlässlich.

56 In diesem Sinne wohl auch Gueng, S. 488, wo bezüglich des loyalen Verkehrs zwischen Behörden und Bürgern gesagt wird, "dass der Bürger berechtigt ist, im voraus *in verlässlicher*

Insbesondere der Eigenschaft eines Begriffes von Treu und Glauben, die prinzipielle Allgemeinheitsstufe der Vorstellung wiedergeben zu müssen, könnte die Bezeichnung der Verlässlichkeit wohl genügen. Sie drückt ebenso schon die Vorstellung einer gewissen Loyalität der Rechtshandhabung aus. Die weiteren Eigenheiten der Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB trifft sie aber ebensowenig wie der bloße Ausdruck Vertrauen; hingegen hat sie diesem gegenüber m.E. den Vorteil, weniger subjektiv gefärbt zu sein. Für sich allein genommen kann vom Begriff der Verlässlichkeit noch nicht gesagt werden, er genüge den Anforderungen, die an eine begriffliche Fixierung von Treu und Glauben zu stellen sind.

b) Die Berechtigtheit der Verlässlichkeit

Die ganze Objektivierung, die in der Vorstellung von Treu und Glauben enthalten ist, sowie deren Massstabfunktion gibt m.E. die Wortgruppe "*berechtigte Verlässlichkeit*" wieder. Sie weist darauf hin, dass nicht blindes Vertrauen, sondern objektiv gerechtfertigte Loyalität den Kerngehalt des Grundgedankens von Treu und Glauben ausmacht. Sie verändert in keiner Weise den Grundgedanken der Vorstellung von Treu und Glauben. Sie gibt auch die Massstabfunktion von Treu und Glauben wieder, indem bei der Beurteilung des einzelnen Falles gemessen werden muss, wie nahe die jeweiligen Verhaltensweisen dem Masse berechtigter Verlässlichkeit stehen, ob sie ihm genügen oder zu ihm im Widerspruch stehen. Weil nicht nur die nähere Aussage des Begriffselementes der Verlässlichkeit nach Massgabe der Umstände bestimmt werden muss, sondern auch über deren Berechtigtheit erst in der Beurteilung des Falles Endgültiges gesagt werden kann, genügt die Wortgruppe auch der wohl wichtigsten Anforderung an eine begriffliche Fixierung von Treu und Glauben, der besonderen Allgemeinheitsstufe eines Rechtsprinzips Ausdruck verleihen zu sollen.

3. Der Begriff von Treu und Glauben

a) Zweck der begrifflichen Festlegung

An und für sich steht die *Figur* von Treu und Glauben für den früher ermittelten Grundgedanken und für das entsprechende Rechtsprinzip. "In der verblassten Formel"⁵⁷ liegt all das, worauf am Anfang des Weges zur Begriffsbestimmung

Weise zu erfahren", wie sich die Behörden in bestimmten Fällen zu verhalten gedenken; Hervorhebung vom Verfasser vorliegender Arbeit.

57 Vgl. Merz, N 17 a.E. zu ZGB 2.

rekapitulierend zurückgeblieben ist⁵⁸. Verschiedene der bisherigen Umschreibungen geben denn auch alle wesentlichen Eigenschaften der Vorstellung von Treu und Glauben wieder⁵⁹. Das Verblässen der *Formel* von Treu und Glauben legt erst eine begriffliche Fixierung ihres Inhalts nahe. Zweck dieser Festlegung ist es nicht, die Formel zu ersetzen, die sich eingebürgert und bewährt hat; sie soll als Figur nicht angetastet werden. Die Begriffsbestimmung dient einzig dem Zweck der Klärung im Rahmen einer theoretischen Gesamtuntersuchung von Art. 2 ZGB. Die Formel von Treu und Glauben bleibt also *gewahrt*. Hinzugefügt wird nur *ergänzend* ein rein *terminologischer Vorschlag*, ohne eine inhaltliche Neuerung an der Vorstellung von Treu und Glauben anzubringen. Nur weil bei der Begriffsbestimmung am absolut identischen Inhalt von Treu und Glauben festgehalten wird und lediglich andere sprachliche Mittel zum Einsatz kommen, wird der Vorgegebenheit des Grundsatzes, aber auch nur dieses Grundsatzes mit dieser Aussage, Rechnung getragen, weshalb das Prinzip nach wie vor überall seine Geltung entfalten kann, wo die entsprechende Konstellation im Bereich der Phänomene als verwirklicht entdeckt wird. Auf welche Weise sich diese Geltung im Falle der Anwendung abspielt, wird bei der Untersuchung der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben abzuklären sein⁶⁰.

b) Die begriffliche Fixierung von Treu und Glauben

Auf Grund der dargestellten Begriffselemente können m.E. mit der Umschreibung, Treu und Glauben betreffe die Einhaltung der berechtigten Verlässlichkeit in aller Rechtshandhabung, der Grundgedanke und die weiteren Eigenschaften von Treu und Glauben in einem Begriff zusammengefasst werden. *Handeln nach Treu und Glauben* ist nichts anderes als die *Befolgung* des Gebotes der *berechtigten Verlässlichkeit*. Dieser Begriff gibt alle bisherigen Erkenntnisse zu Treu und Glauben zusammenfassend wieder. Er enthält das ethische Element, die Gebotsform, die objektivierende Massstabfunktion sowie die inhaltliche Kohärenz der Aussage und zeigt auch die Allgemeinheitsstufe an, welche mit der Konkretisierungsfähigkeit und, im Falle der indirekten Anwendung, der Konkretisierungsbedürftigkeit kombiniert ist. All diese begrifflichen Bemühungen haben, wie gesagt, nur den Zweck der Erklärung unter Verwendung aller bisherigen Resultate der Untersuchung von Treu und Glauben. Selbstverständlich ist auch dabei wiederum eine *Formel* herausgekommen: das Gebot der berechtigten Verlässlichkeit. Indem die Formel anders

58 Vgl. dazu oben S. 257/58, Ziff. 1.

59 Zu denken ist insbesondere an den Ausdruck des "berechtigten Vertrauens", aber auch etwa an denjenigen einer "gewissen Redlichkeit" oder den der "berechtigten Erwartungen".

60 Vgl. dazu unten S. 301 ff., § 21.

lautet als die normale von Treu und Glauben, mag sie *erklärende Hilfe* sein. Daher wäre der Figur von Treu und Glauben jene der berechtigten Verlässlichkeit gegenüber- und gleichzusetzen. Zum Zwecke der Erklärung könnte sodann die Gesamtaussage des *Art. 2 Abs. 1 ZGB* – wiederum inhaltlich identisch, aber mit anderen Worten – wie folgt ausgedrückt werden:

“Jede Rechtshandhabung hat nach dem Masse der berechtigten Verlässlichkeit zu erfolgen.”

Damit lässt sich zum Zwecke der Erklärung auch eine zusätzliche Bezeichnung des Grundsatzes von Treu und Glauben vorschlagen. Dazu sollen nun noch einige wenige Worte folgen.

C. Treu und Glauben als Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit

Der Begriff der berechtigten Verlässlichkeit enthält im inhaltlich geschlossenen Element der Verlässlichkeit den Hinweis auf die Allgemeinstufe, die nicht mehr direkt anwendbar ist. Im Element, dass die Verlässlichkeit eine berechnete sein müsse, ist zudem die Konkretisierungsbedürftigkeit wie die Konkretisierungsfähigkeit niedergelegt. Weil die Begriffsbestimmung in Anlehnung an den Grundgedanken und die weiteren Eigenschaften von Treu und Glauben vorgenommen worden ist, ohne irgendeinen Zusatz anzufügen, kann dem *Grundsatz von Treu und Glauben* im Sinne eines vollkommen *synonym* zu verstehenden Namens das *Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit* zur Seite gestellt werden. Beide Bezeichnungen für die Generalklausel von *Art. 2 Abs. 1 ZGB* sind als völlig gleichbedeutende Formeln zu verstehen.

Damit ist die Untersuchung des Prinzipiengehaltes von *Art. 2 Abs. 1 ZGB* abgeschlossen. Bevor zur Betrachtung der Konkretisierungsform des Grundsatzes übergegangen wird, soll anhangsweise zu einer Kontroverse über das Verhältnis von Treu und Glauben zum von ihm betroffenen Einzelrecht Stellung genommen werden.

IV. Anhang: Treu und Glauben und das davon betroffene einzelne Recht

A. Die Kontroverse

Es gibt verschiedene Ansichten zur Frage, ob Treu und Glauben unmittelbar den Inhalt des von ihm betroffenen Rechts bestimme⁶¹ oder der Ausübung dieses Rechtes nur mittelbar und als Begrenzung der Rechtsmacht eine Schranke setze⁶². Die zuerst genannte Auffassung scheint zur herrschenden Meinung geworden zu sein⁶³.

Aus einem besonderen Blickwinkel seien einige wenige Worte zu dieser Kontroverse gestattet.

B. Stellungnahme zur Kontroverse

Die phänomenologische Betrachtungsweise hat gezeigt, dass der vorgegebenen tatsächlichen Erscheinung menschlichen Handelns in der Verbundenheit mit anderen Menschen auf der Ebene des Rechts der Begriff der Rechtshandhabung entspricht⁶⁴. Es ist ferner festgehalten worden, dass dem wesensmässig zu erkennen- den Phänomen der menschlichen Verbundenheit auch vorgegebene Begrenzungen menschlichen Handelns in dieser Verbundenheit entspringen, denen in rechtlicher Betrachtungsweise die Rechtseinrichtung von Treu und Glauben entspricht⁶⁵.

Eigentlicher Ansatzpunkt für eine Stellungnahme zur beschriebenen Streitfrage ist das Faktum, dass die Begrenzungen des Handelns in der menschlichen Verbundenheit, trotz ihrer Vorgegebenheit, auf tatsächlicher Ebene überschritten werden können⁶⁶. Je nachdem, wie man angesichts dieser Tatsache auf der Ebene des Rechts den Begriff der Rechtsausübung verstehen will, kommen dabei die beiden Positionen heraus, die bezüglich der strittigen Frage vertreten werden: Ist Rechtshandhabung alles, was dem menschlichen Handeln innerhalb der Verbundenheit

61 Vgl. zu dieser Meinung Egger, N 24 zu ZGB 2, sowie Merz, N 28 zu ZGB 2.

62 Vgl. zu dieser Ansicht Liver, N 46/7 zu ZGB 737; ferner auch N 83 der Einleitung zum Kommentar der Dienstbarkeiten und Grundlasten dieses Autors.

63 In diesem Sinne etwa auch bestätigend Deschenaux, S. 148, Ziff. 1., unter besonderer Hervorhebung des deutschen Randtitels zu Art. 2, 3 und 4 ZGB, der folgendermassen lautet: "Inhalt der Rechtsverhältnisse".

64 Vgl. dazu oben S. 228/29, lit. a, sowie bes. S. 229/30, lit. b.

65 Vgl. dazu oben S. 230 ff., lit. c.

66 Vgl. dazu oben S. 231, zwischen Anm. 152 und 155. Dem entspricht übrigens die aus anderer Perspektive gemachte Feststellung, dass es sich bei Treu und Glauben, für sich allein betrachtet, um eine *lex imperfecta* handelt; vgl. dazu oben S. 237/38, lit. b, bes. S. 237, vor Anm. 189; ferner auch schon den Hinweis darauf S. 231, Anm. 155.

entspricht, und treten die ebenfalls vorgegebenen, aber übergehbaren Begrenzungen des Handelns, die sich auch aus der Verbundenheit ergeben, zum so verstandenen Einzelrecht als rechtliche Grösse von Treu und Glauben hinzu, dann beschränkt Treu und Glauben nur die Rechtsmacht im Sinne der Ausübung des betroffenen Rechts; nimmt man andererseits an, Rechtshandhabung sei alles, was dem Handeln innerhalb der menschlichen Verbundenheit mit all ihren begrenzenden Ausflüssen entspringt, so werden das betroffene Einzelrecht und seine Ausübungsmöglichkeiten in ihrem Inhalt unmittelbar von Treu und Glauben mitbestimmt.

Im Ergebnis führen also beide Standpunkte, die in der Kontroverse eingenommen werden, zu vollständiger Berücksichtigung der vorgegebenen Strukturen. Die Natur der Sache wird einzig in verschiedener Reihenfolge beschrieben und in entsprechend verschiedener Abfolge werden die Einrichtungen des Rechts dem Wesen der Vorgegebenheiten nachgeformt. Aus der Natur der Sache lässt sich aber m.E. diesbezüglich keine zwingende methodische Reihenfolge, wie sie zu betrachten sei, ableiten; sie ist in ihrer Gesamtheit vorgegeben. Die Kontroverse stellt sich also als reine Rechtsfrage dar, wobei es allein um den Ablauf der methodischen Erfassung geht. Der Rückgriff auf die phänomenologischen Grundlagen klärt daher m.E. die Unterschiede zwischen den beiden Lehrmeinungen und hebt zugleich ihre bei erster Betrachtung vorhanden scheinende Gegensätzlichkeit auf⁶⁷. Im Resultat besagen beide Standpunkte dasselbe; ihre Unterschiede beschränken sich auf die Verschiedenheit der Reihenfolge der methodischen Denkschritte auf dem Weg von der Natur der Sache zu deren Erfassung im Recht.

V. Resultate

Ergänzend zur Feststellung, dass der gute Glaube ein (subjektives) Tatbestandselement der inneren Bewusstseinslage, Treu und Glauben hingegen ein (objektiver) Beurteilungsmassstab feststehender Tatbestände ist, hat sich das zusätzliche Unterscheidungsmerkmal ergeben, dass zwar Treu und Glauben, nicht aber der gute Glaube Grundsatzqualität im Sinne des hier vertretenen Begriffes vom Rechtsprinzip beanspruchen darf.

Die Tatsache, dass Treu und Glauben keinerlei korrektive Funktion in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung hat, bestätigt den Hauptunterschied des Prinzips zu den guten Sitten, der darin besteht, dass diese eine absolute, ethisch begründete Grenze zwischen überhaupt möglichem Recht und Unrecht ziehen und jenes immer

67 Vgl. zur scheinbaren Gegensätzlichkeit der beiden Standpunkte die Beschreibung der Kontroverse oben S. 264, lit. A., sowie die daselbst in den Anmerkungen aufgeführten Fundstellen für die vertretenen Ansichten.

nur innerhalb der so gezogenen Grenzen als ethischer Beurteilungsmassstab Bedeutung erlangt.

Weitere Abgrenzungen haben unterbleiben können, zum einen, weil sie in der Lehre gültig vollzogen sind, zum andern, weil sie sich, soweit nötig, im Laufe der früheren Erläuterungen schon ergeben haben.

Infolge der Rekapitulation der gängigen Umschreibungen des Grundgedankens von Treu und Glauben muss die Bezeichnung Vertrauensschutz, des Schwankens und der Unklarheit ihrer Stellung im sprachlichen Grenzbereich zum guten Glauben wegen, für die Vorstellung von Treu und Glauben abgelehnt werden; sie lässt sich durch die Verwendung präziserer Begriffe vermeiden.

Das Verlassen der Formel von Treu und Glauben legt es nahe, im Anschluss an ihren Grundgedanken und zum Schluss der Analyse des Prinzipiengehaltes von Art. 2 Abs. 1 ZGB, eine erklärende Begriffsbestimmung vorzunehmen. Sie führt neuerlich zu einer Formel, die sich inhaltlich in keiner Weise von Treu und Glauben unterscheidet und im Begriff der berechtigten Verlässlichkeit gipfelt. Die Aussage des Art. 2 Abs. 1 ZGB liesse sich demnach mit den Worten umschreiben, jedermann habe bei der Handhabung seiner Rechtspositionen nach dem Masse der berechtigten Verlässlichkeit vorzugehen.

Dementsprechend lässt sich, vollkommen bedeutungs- und sinngleich zur Bezeichnung Grundsatz von Treu und Glauben, vom Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit sprechen. Nach den Erläuterungen zu den Elementen eines Begriffes von Treu und Glauben dient auch der terminologische Vorschlag bezüglich des Grundsatzes nur der Erklärung und Verdeutlichung der einen Formel durch eine andere.

Zur Kontroverse, ob Treu und Glauben den Inhalt des jeweiligen Rechts unmittelbar bestimme oder bloss dessen Ausübung beschränke, kann in dem Sinne Stellung genommen werden, dass beide Betrachtungsweisen im Ergebnis den phänomenologischen Grundlagen gerecht werden und dasselbe aussagen. Ihr Unterschied liegt einzig in der verschiedenen Abfolge der geistigen Denkschritte auf dem Weg zur rechtlichen Erfassung der vorgegebenen Strukturen.

Damit ist das Ende der Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 Abs. 1 ZGB erreicht. Es kann daher zur Betrachtung seiner Konkretisierungsform und seiner Anwendbarkeit übergegangen werden. Das wird im nächsten Kapitel geschehen.

4. KAPITEL

DIE TREU UND GLAUBEN ZUGEHÖRIGE KONKRETISIERUNGSFORM UND DIE ANWENDBARKEIT DES PRINZIPS

§ 20

DIE KONKRETISIERUNGSFORM VON TREU UND GLAUBEN

I. Vorbemerkungen

A. Theoretisch gesicherte Grundlagen

Es steht schon auf Grund allgemeiner Erwägungen fest, dass das Prinzip von Treu und Glauben auf den Denkwegen der Spezifizierung konkretisiert werden muss. Es hat sich nämlich bei der Analyse des Grundsatzes gezeigt, dass er, seiner Rechtsqualität und zusätzlich seiner ethischen Massstabfunktion wegen, bei seiner Anwendung zur Prägung von Regeln führt¹. Weil zudem feststeht, dass Regelbildung und spezifizierende Betrachtung notwendig gekoppelt auftreten², hat schon früher der Schluss gezogen werden können, die *Konkretisierungsform* des Grundsatzes von *Treu und Glauben* sei die *Spezifizierung*³. Nur mit der Massgabe, dass von den spezifizierenden geistigen Tätigkeiten gesprochen wird, kann daher gesagt werden, "rechtliche Konkretisierung" sei "Regelbildung"^{4,5}.

Von diesen gesicherten theoretischen Grundlagen wird im folgenden ausgegangen. Im Vordergrund der Erörterungen zur Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben steht demnach die *Bestätigung* der *spezifizierenden Konkretisierungstätigkeit* bei der Verwendung von Treu und Glauben anhand von Beispielen.

1 Vgl. dazu oben S. 239 ff., Ziff. 1., mit weiteren Hinweisen auf die Ausführungen im allgemeinen Teil.

2 Vgl. dazu in rekapitulierendem Sinne oben S. 242, lit. a, mit weiteren Hinweisen auf die Ausführungen im allgemeinen Teil.

3 Vgl. dazu oben S. 242/43, lit. b, mit weiteren Verweisungen.

4 Vgl. Merz, Titel zu N 30 ff. zu ZGB 2.

5 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in den Ausführungen der französischsprachigen Ausgabe (normalerweise wird hier ja mit der deutschen Übersetzung gearbeitet) des verwendeten Werkes von Deschenaux bezüglich Art. 2 ZGB auf S. 141/42, bei der Erläuterung dessen, was in der deutschen Sprache im allgemeinen als Konkretisierung bezeichnet wird, davon die Rede ist, es müssten Spezifikationen ("spécifications") gefunden werden.

B. Beschränkung der Auswahl von Nachweisen

Die beinahe erdrückende Vielzahl von Urteilen, die mindestens auch unter Verwendung von Treu und Glauben argumentieren, verlangt für die folgende Darstellung der Spezifikation als Treu und Glauben zugehöriger Konkretisierungsform mittels *Belegstellen* eine *Beschränkung der Auswahl von Nachweisen auf gewisse Schwerpunkte*⁶. Es geht in erster Linie um die Bestätigung des spezifizierenden Denkens als geistiger Tätigkeit, die bei der Konkretisierung von Treu und Glauben abläuft, anhand von ausgewählten Nachweisen aus der Spruchpraxis der Gerichte. Ferner ist die überwiegende Mehrzahl der Belege dem Bereich des Privatrechts entnommen, was sich insbesondere der gefestigten dogmatischen Erfassung und der bis anhin häufigeren Verwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zivilrecht wegen rechtfertigt.

An den Anfang des Nachweises der Spezifizierung des Prinzips von Treu und Glauben werden einige Hinweise auf die sprachlichen Mittel der regelbildenden Spezifizierungstätigkeit gestellt⁷. Im Anschluss daran werden einige Gruppen von Spezifikationen und Regeln aufgezählt, die heute als gesicherte Konkretionen von Treu und Glauben gelten⁸. Einige wenige besonders anschauliche Beispiele spezifizierender Betrachtung bei der Verwendung von Treu und Glauben bilden den Abschluss des Nachweises der Konkretisierungsform von Treu und Glauben⁹. Anhangsweise wird sodann von der Durchgangsfunktion des Grundsatzes von Treu und Glauben die Rede sein müssen¹⁰.

6 Eine umfassende Darstellung der Spezifikation als der Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben unter Berücksichtigung möglichst aller gesichteten Entscheidungen und unter gleichzeitiger Bearbeitung aller dabei auftauchenden Einzelprobleme aus den verschiedensten Rechtsgebieten würde den Umfang der vorliegenden Arbeit m.E. zu sehr anschwellen lassen. Es ist zudem wohl nicht Aufgabe dieses rechts-theoretischen Beitrages, auf jedes Einzelproblem der Fälle einzugehen, die im Zusammenhang mit der praktischen Verwendung von Treu und Glauben je zu beurteilen waren. Das bleibt den Kommentierungen vorbehalten, die sich dieser Aufgabe mit grösserer Kompetenz annehmen; auf sie darf daher für die vielen Einzelprobleme generell verwiesen werden.

7 Vgl. dazu sogleich S. 269 ff., Ziff. II.

8 Vgl. dazu unten S. 274 ff., Ziff. III.

9 Vgl. dazu unten S. 288 ff., Ziff. IV.

10 Vgl. dazu unten S. 295 ff., Ziff. V.

II. Hinweise zu den sprachlichen Mitteln der (regelbildenden) Spezifizierung von Treu und Glauben

A. Die Betonung des objektivierten Massstabcharakters

1. Bei Ermittlung des einer Gesetzesnorm zugrundeliegenden Modelles von Lebenserscheinungen

Die Ermittlung des Sinnes einer Gesetzesnorm erfolgt zur Hauptsache unter gesamthafter Würdigung aller Auslegungselemente¹¹. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind jedoch gewichtige Hilfsmittel dieser Tätigkeit¹². Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eines der bedeutendsten dieser Hilfsmittel und bei seiner Verwendung in dieser Funktion tritt sein Massstabcharakter zutage. Seit freiere Auslegungsmethoden anerkannt sind¹³, steht der Ermittlung des Gattungs- oder Artmodelles, das von einer Gesetzesnorm im Maximum erfasst wird¹⁴, kein formelles Hindernis mehr im Wege. Der diesem Modell entsprechende objektive Sinn der Gesetzesnorm ist wesentlich mitbestimmt von der Beantwortung der Frage, was vom "Standpunkt der vernünftigen und korrekten Gesetzesadressaten"¹⁵ aus betrachtet für alle Normadressaten noch dem Modell der Bestimmung zugeordnet werden kann und ihm loyalerweise auch noch untergeordnet werden darf¹⁶. Die Meinung des in diesem Sinne ausschlaggebenden und objektiven Gesetzesadressaten wird daher unter Verwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben als Hilfsmittel und Massstab zu ermitteln sein.

Nach diesem Massstab ergibt sich z.B. für das Modell des Art. 74 ZGB¹⁷, dass die Erheblichkeit einer Änderung des Vereinszweckes "vom Standpunkt der Mitglieder" des betreffenden Vereins "aus zu beurteilen ist"¹⁸. Nur dies kann dem Sinn der Gesetzesbestimmung oder dem hinter ihr stehenden Modell, das sich aus

11 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 179 ff. zu ZGB 1, bes. N 180 daselbst.

12 Vgl. dazu oben S. 88, vor Anm. 34, und die dortigen Verweisungen.

13 Vgl. dazu oben S. 74, lit. b.

14 Vgl. allgemein dazu, dass Modelle hinter den Rechtsregeln stehen, die der Gattung oder der Art nach bestimmt sind, oben S. 56 ff., Ziff. 1.

15 Vgl. Meier-Hayoz, N 145 zu ZGB 1.

16 Die Anknüpfung bei einem Modell, das in den Lebensverhältnissen wesensmässig erkannt worden ist und dem die gesetzliche Norm nachgeformt ist, verhindert es auch zu glauben, dass zweckfremde Verwendung der Regel schon Zweckwidrigkeit bedeute. Der Zweck einer verselbständigten Regel entspricht eben m.E. keineswegs immer dem auf Grund der Wesenserkenntnis gefundenen Modell, dem die Regel nachgeformt ist. Dementsprechend ist ja auch der Zweck nicht das einzige Element der Auslegung, sondern es treten noch weitere Momente hinzu. Vgl. dazu auch Merz, N 339 zu ZGB 2, unter Bezugnahme auf einen Aufsatz von Jäggi.

17 Art. 74 ZGB lautet unter dem Randtitel "Schutz des Vereinszweckes" folgendermassen: "Eine Umwandlung des Vereinszweckes kann keinem Mitglied aufgenötigt werden."

18 Vgl. BGE 86 II 395, E. 5.

der weitgehenden tatsächlichen Selbstbestimmung solcher Vereinigungen im alltäglichen Leben herleitet, entsprechen. Zugleich schlägt der Massstab in diesem Beispiel dahingehend durch, dass für die Frage der Erheblichkeit der Zweckänderung nicht die "subjektive Auffassung" der Mitglieder ausschlaggebend sein kann, sondern "ob der Zweck in einem Punkte geändert werde, dem sie bei ihrem Entschluss, dem Verein beizutreten und die Mitgliederpflichten zu erfüllen, nach Treu und Glauben erhebliche Bedeutung beimessen durften"¹⁹. Als Massstab der Auslegung der betreffenden Gesetzesnorm und zum Verständnis des Modelles, das in ihr zulässigerweise verwirklicht gesehen werden kann und darf, leistet demnach der Grundsatz von Treu und Glauben einen erheblichen Beitrag.

Jede objektive Methode der Rechtsfindung ist insofern vom Massstab von Treu und Glauben mitbestimmt²⁰ und es wird denn auch etwa dem Modell einer gesetzlichen Regelung zum Durchbruch verholfen, indem gesagt wird, dass "der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr dies erfordert"^{21,22}. Dem widerspricht nicht, dass es bei der Gesetzesauslegung "um die Ermittlung eines objektiven Zweckgedankens" geht und dass "das Gesetz für alle den gleichen Sinn"²³ hat, sondern es handelt sich eben um *eine* Spezifizierung des nicht minder objektiven Grundsatzes von Treu und Glauben, indem auf die Ansicht, die der loyale Gesetzesadressat allein haben kann und darf – und somit haben muss, soll die Auffassung eine loyale sein –, abgestellt wird. Insofern können sich hier Überschneidungen

19 Vgl. BGE 86 II 395, E. 5.

20 Vgl. dazu auch Meier-Hayoz, N 146 zu ZGB 1; eine sinngemässe Übernahme der vertraglichen Vertrauenstheorie ist dabei m.E. nicht nötig, sondern es handelt sich um eine Anwendung und angemessene Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben; vgl. dazu auch sogleich im Kontext.

21 Vgl. BGE 81 II 459. Es ging in diesem Fall um den sog. Durchgriff durch die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person. Gerade dabei handelt es sich um ein wesentlich von Treu und Glauben mitbestimmtes Problem richtiger Auslegung sowohl der Rechtseinrichtung, die den Namen juristische Person trägt, als auch der jeweils dazutretenden weiteren Normen (in diesem Beispiel etwa jener des Bürgschaftsrechts); vgl. dazu Merz, N 287/88 zu ZGB 2. Weniger geeignet, aber auch denkbar wäre es, das Problem bei den Tatbeständen der sog. Gesetzesumgehung einzuordnen, wobei im genannten Beispiel die Regeln des Bürgschaftsrechts und diejenigen des Aktienrechts die Umgehungsnormen abgäben und die umgangene Norm in der Regel bestünde, dass die Bürgschaft des Alleinaktionärs für die Gesellschaft eine im eigenen Interesse eingegangene Verpflichtung ist, die daher keine Rückgriffsrechte gegenüber Mitbürgen auslösen kann. Die Behandlung des Problems als von Treu und Glauben mitbestimmtes Auslegungsproblem erscheint richtiger; in diesem Sinne auch Merz, N 285 und 288 zu ZGB 2 sowie vor allem N 90–92 daselbst.

22 Dies bestätigt wiederum, dass der Grundsatz von Treu und Glauben einer jener allgemeinen Rechtsgrundsätze sein muss, die als Hilfsmittel jeder Rechtsfindungstätigkeit tauglich sind; vgl. dazu den Hinweis oben S. 269, Anm. 12.

23 Vgl. Merz, N 57 zu ZGB 2.

mit dem teleologischen Element der Auslegung ergeben; beides ist aber seiner verschiedenen Ansatzpunkte wegen auseinanderzuhalten²⁴.

2. Bei Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften

Überall da, wo die subjektive Auslegung rechtsgeschäftlicher Willensäußerungen, die an sich den Vorrang hat²⁵, mangels Klarheit oder zufolge Uneinigkeit nicht zu schlüssigen Ergebnissen zu führen vermag, muss eine objektivierende Auslegung mittels des Gebotes von Treu und Glauben helfend eingreifen²⁶. Bei dieser Verwendung schlägt der ausgesprochene Massstabcharakter des Prinzips deutlich durch: Kennzeichnend sind nämlich immer wieder Gegenüberstellungen von Behauptungen oder Verhaltensweisen der Beteiligten und von dem Verständnis, das sich nach Massgabe von Treu und Glauben als dasjenige herausstellt, das der Beurteilung zugrunde gelegt werden kann und darf, und das daher das massgebliche sein muss.

So heisst es dann etwa, eine Partei müsse ihr Verhalten "so gegen sich gelten lassen, wie es nach Treu und Glauben im Verkehr zu deuten ist"²⁷, oder es wird festgehalten, dass "unter solchen Verhältnissen Treu und Glauben"²⁸ ein bestimmt geartetes Verhalten verlangt hätte. Die Anlegung des Massstabes von Treu und Glauben führt auch etwa dazu, dass ein Versprechen "nur den Zweck haben konnte"²⁹, welcher der Beurteilung zugrunde gelegt wird, weil es Treu und Glauben objektiv "so gebieten"³⁰. Allein nach objektivierten Kriterien darf eine Partei "in guten Treuen zunächst abwarten"³¹, sofern die Umstände so verstanden werden müssen, oder aber sie konnte in dieser Lage ein bestimmtes Verhalten "in guten Treuen nicht voraussetzen"³². Dem, was tatsächlich getan wurde, steht immer wieder dasjenige gegenüber, was der Betreffende "wie jeder andere ... unter den Umständen des vorliegenden Falles hätte tun müssen"³³, weil es nach Treu und Glauben nur so hätte "betrachtet werden dürfen bzw. betrachtet werden müssen"³⁴. Den Behaup-

24 Vgl. zu diesen Überschneidungsmöglichkeiten auch Meier-Hayoz, N 192 ff., 346 ff. und 409 zu ZGB 1, sowie Merz, N 19/20, 49, 51, 53, 92, 104, 285 und 515 zu ZGB 2; der Unterschied im Ansatzpunkt liegt darin, dass einmal die Auslegung des Gesetzes im Zentrum der Gedanken steht, im andern Fall die Anwendung des Grundsatzes.

25 Vgl. zu diesem Vorrang des tatsächlichen empirischen Willens, sofern er festgestellt werden kann, Merz, N 121/22 zu ZGB 2.

26 Vgl. dazu Merz, N 119 und 123 zu ZGB 2.

27 Vgl. BIZR 27 (1928) Nr. 191, S. 370.

28 Vgl. BIZR 55 (1956) Nr. 92, S. 198.

29 Vgl. BGE 46 II 163.

30 Vgl. BIZR 55 (1956) Nr. 92, S. 199.

31 Vgl. BIZR 55 (1956) Nr. 58, S. 111.

32 Vgl. BIZR 55 (1956) Nr. 58, S. 111.

33 Vgl. BGE 83 II 150.

34 Vgl. BGE 86 II 258.

tungen oder Verhaltensweisen streitender Parteien wird vom Gericht diejenige Handlungsweise entgegengehalten, die "mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Verkehr im Einklang steht und den Anforderungen der durch die Umstände oder den ordentlichen Lauf der Dinge gebotenen Sorgfalt genügt"³⁵.

Die Liste von Beispielen solcher Formulierungen könnte beliebig verlängert werden. Im jetzigen Zusammenhang ist jedoch v.a. von Bedeutung, dass all diese sprachlichen Ausdrucksweisen Treu und Glauben als objektiven Massstab der Beurteilung ausweisen, indem sie ein *solches* Verhalten oder ein bestimmt *geartetes* Vorgehen verlangen. Sie alle sind Mittel der *spezifizierenden* Betrachtung und es wird nach Massgabe von Treu und Glauben eine bestimmte Art der Rechtshandhabung zur Basis der rechtlichen Beurteilung gemacht, unabhängig davon, ob die tatsächlichen individuellen Lebensereignisse so geschehen sind oder nicht. Der *objektive Massstab* von Treu und Glauben hilft, die rechtlich relevanten *Besonderheiten* des Falles zu finden, an denen das individuelle Verhalten gemessen und für rechtskonform oder abweichend befunden wird, ohne dass das tatsächliche individuelle Geschehen auf diese Entscheidung einen Einfluss hätte. Nur so können mangels eindeutigen empirischen Parteiwillens Entscheidungen darüber gefällt werden, in welcher Art eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung verstanden werden muss, weil sie eben gerade in der Weise hat verstanden werden können und dürfen, wenn das Mass der berechtigten Verlässlichkeit befolgt worden ist, das Art. 2 Abs. 1 ZGB bei jeder Rechtshandhabung obwalten zu lassen befiehlt.

B. Die Betonung der Bedeutung von Erfahrungssätzen

Welches Verständnis gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmungen, die es auszulegen gilt, nach den jeweiligen Umständen des Falles dem ethischen Massstab von Treu und Glauben zu genügen vermag und daher als rechtsverbindlich gilt, wird oftmals nach Erfahrungssätzen, die meist der Gruppe der Standards angehören, ermittelt. Die sprachlichen Mittel, die dabei zur Verwendung gelangen, zeigen das oft deutlich an. Nach Erfahrungssätzen wird in diesen Fällen bestimmt, was als Ausdruck von Treu und Glauben der rechtlichen Beurteilung als rechtserhebliches Verhalten zugänglich ist³⁶.

³⁵ Vgl. BGE 72 II 418.

³⁶ Die Betonung der Bedeutung von Erfahrungssätzen im allgemeinen und ihrer ethisch gefärbten Untergruppe der Standards im besonderen entspricht einer Prognose, die auf Grund der Regelbildungseigenschaft des Grundsatzes von Treu und Glauben gemacht werden konnte; vgl. dazu oben S. 243, lit. B.

Wenn nicht ausserordentliche Umstände es ausschliessen, ist eine Erklärung eben rechtsverbindlich, wenn man sie "normalerweise so auffassen"³⁷ muss, wie es geschehen ist, selbst wenn das nicht den wirklichen Absichten ihres Urhebers entspricht. Die Berücksichtigung solcher Lebenserfahrung verlangt das Gebot von Treu und Glauben. Wenn "nach der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung"³⁸ ein bestimmter Schluss gezogen werden muss, oder wenn ein streitiger Ausdruck eines Vertrages in dem Sinne verstanden werden muss, "wie er angesichts der konkreten Umstände im Lichte der allgemeinen Lebenserfahrung nach Treu und Glauben aufzufassen"³⁹ ist, dann bringen schon die sprachlichen Mittel eindeutig zum Ausdruck, dass es um Unterscheidungen des Verständnisses nach Gattung und Art und somit um spezifizierendes, regelhaftes Denken geht. Obwohl natürlich nicht von vornherein und generell der Alltagssinn eines Wortes der rechtserhebliche ist, kann es unter besonderen Umständen trotzdem dazu kommen, dass "nach der Bedeutung, die den verwendeten Wörtern im täglichen Sprachgebrauch üblicherweise zukommt"⁴⁰, der rechtsverbindliche Sinn einer Erklärung zu bestimmen ist, weil anders nicht den Erfordernissen von Treu und Glauben gerecht zu werden ist. Auch darin liegt dann wieder die Verwertung von Erfahrungsgrössen, im vorgenannten Beispiel etwa der Alltagssprache, in einem von Treu und Glauben diktierten Standard.

37 Vgl. BGE 62 I 20.

38 Vgl. BIZR 27 (1928) Nr. 191, S. 370.

39 Vgl. BGE 89 II 130.

40 Vgl. BGE 104 II 283, E. 2.; es ging dabei um die Auslegung allgemeiner Versicherungsbedingungen, in deren Zusammenhang der genannte Standard und seine Rechtserheblichkeit den Geboten von Treu und Glauben und einer loyalen Vertragsauslegung entsprochen hat. Das Beispiel zeigt übrigens auch, weil in der Folge solcher Auslegung der Versicherungsanspruch zu Recht verneint worden ist, dass Auslegung nach Treu und Glauben nichts mit haltloser Billigkeitsrechtsprechung zu tun hat, sondern ausschliesslich eine objektive Betrachtung verlangt.

III. Auswahl einiger Gruppen von Spezifikationen des Grundsatzes von Treu und Glauben

A. Einige spezifizierte Leitsätze als Anwendungen des Grundsatzes von Treu und Glauben

1. Das Vertrauensprinzip als rechtsgeschäftliche Auslegungsvorschrift von Willenserklärungen

Sowohl für den Vertragsabschluss⁴¹ wie für die Auslegung von Willensäußerungen im allgemeinen⁴² gilt, sofern nicht der tatsächliche Parteiwille empirisch feststellbar ist, als Leitsatz aller Auslegung und Ergänzung das Vertrauensprinzip oder die "Vertrauenstheorie"⁴³. Dieser Leitsatz der Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen hat sein gegenüber dem Prinzip von Treu und Glauben spezifiziertes Moment darin, dass er sich auf das loyalerweise anzunehmende Vertrauen unter den Partnern bezieht, welche Willenserklärungen abgeben bzw. entgegennehmen. Das Vertrauensprinzip konkretisiert Treu und Glauben auf die *Besonderheit* des redlicherweise anzunehmenden Verständnisses von Willenserklärungen. Anstelle unzähliger diesbezüglicher Entscheidungen sei die folgende Wendung aus einem bundesgerichtlichen Urteil angeführt, welche die Besonderung, die das Vertrauensprinzip im Verhältnis zu Treu und Glauben enthält, m.E. deutlich zum Ausdruck bringt⁴⁴:

"Selon le principe dit de la confiance, la déclaration de volonté doit être comprise dans le sens que de bonne foi son destinataire peut lui donner raisonnablement (...)."

"Willenserklärungen sind so auszulegen, wie ihr Empfänger sie in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste"⁴⁵. Für die besonderen oder, gleichbedeutend, die spezifischen Verhältnisse der Willenserklärungen ist der Grundsatz von Treu und Glauben in dieser – das Vertrauensprinzip heissenden – Formel spezifiziert⁴⁶. Selbstverständlich kann auch dieser spezifizierte Leitsatz noch nicht direkt angewandt werden; er bedarf im einzelnen zu beurteilenden Fall noch weiterer Spezifizierung.

41 Vgl. dazu eingehend die Dissertation von Meier-Hayoz.

42 Vgl. dazu ausführlicher Merz, N 123 ff. zu ZGB 2.

43 Vgl. diesen Terminus der Vertrauenstheorie, die das Vertrauensprinzip beinhaltet, auch etwa in BGE 95 II 247.

44 Vgl. BGE 95 II 328/29, E. 3.

45 Vgl. Merz, N 125 zu ZGB 2.

46 Vgl. zur allgemeinen Verwendung dieses spezifizierten Leitsatzes von Treu und Glauben etwa die folgenden, nur im Sinne einer beschränkten Auswahl zu verstehenden Stellen in Gerichtsurteilen: BGE 28 II 242 ff., E. 4.; 32 II 286, E. 6.; 32 II 386; 41 II 558/59, E. 2.; 81 II 362 ff., E. 2.; 95 II 436 ff. E. 2. und 3., sowie 101 II 330/31, E. 2.

2. Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung

Es ist schon in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, dass das Gebot des *civilter uti* sein Gewicht nur in die Waagschalen der rechtlichen Beurteilung werfen kann, wenn der in Frage stehenden Rechtshandhabung ein gewisser Spielraum von Handlungsvarianten offenbleibt⁴⁷. Es hat sich in jenem früheren Zusammenhang gezeigt, dass die Vorstellung des Gebotes auf alle Rechtsausübung ausdehnbar ist, sofern die unerlässliche Voraussetzung des Spielraumes für das Handeln gewahrt bleibt⁴⁸. Genau in dieser *conditio sine qua non* des Leitsatzes der schonenden Rechtsausübung liegt zugleich dessen *spezifische Ausprägung* als Konkretisierung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB. Unter der besonderen Voraussetzung, dass eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Rechtsausübungsformen besteht, muss nach Treu und Glauben der für die anderen Beteiligten schonendere Weg eingeschlagen werden, solange damit der Zweck, den der Ausübende verfolgt, gleichermassen erreicht werden kann und ihm daher diese Handlungsvariante zuzumuten ist. Das verlangt das Mass loyaler Rechtshandhabung in seiner Spezifikation für Rechtsverhältnisse, die verschiedene Ausübungsmöglichkeiten offenlassen. "Im schweizerischen Recht, ..., konkretisiert das traditionelle *Civilter uti* jenen allgemeinen Grundsatz" von Treu und Glauben "zur besonderen Regel"⁴⁹.

Neben der gesetzlichen Fixierung in Art. 737 Abs. 2 ZGB⁵⁰ fand in der schweizerischen Rechtsprechung der letzten Jahre der Durchbruch zur allgemeinen Anerkennung des Leitsatzes des *civilter uti* v.a. im Aktienrecht statt⁵¹. Dabei ist es jedoch aus dogmatischer Sicht wohl in erster Linie darum gegangen, zu erkennen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben immer wieder anders spezifiziert werden kann und dass keine gefestigte Konkretisierung je den Rang einer *lex specialis* gegenüber dem Prinzip einnehmen kann⁵².

47 Vgl. dazu oben S. 151/52, Ziff. 1.

48 Vgl. dazu oben S. 153, Ziff. 1.

49 Vgl. Liver, N 49 zu ZGB 737.

50 Art. 737 ZGB lautet wie folgt: Abs. 1: "Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist." Abs. 2: "Er ist jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben." Abs. 3: "Der Belastete darf nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert."

51 Im Jahre 1976 ist nämlich, wohl wesentlich unter dem Einfluss des im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatzes von Meier-Hayoz/Zweifel über die schonende Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, die Praxis des Bundesgerichts in der Frage der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft geändert worden: vgl. BGE 102 II 268, E. 2.

52 Darin lag m.E. der eigentliche Grundmangel der früheren Praxis zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen in der Aktiengesellschaft; vgl. dazu auch sogleich S. 276/77, Ziff. 3.

3. Kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

“Ein allgemeines, wenn auch ungeschriebenes Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre ..., das aus der Natur der A.-G. abzuleiten ist”⁵³, hat das Bundesgericht seit 1943 anerkannt. Weil er eben als aktienrechtliches Gleichbehandlungsprinzip verstanden wurde, ist hernach über Jahrzehnte daran festgehalten worden, dieser Leitsatz stelle gegenüber Art. 2 ZGB eine *lex specialis* des Aktienrechts dar⁵⁴. Diese Ansicht ist verschiedentlich auf Kritik gestossen⁵⁵. Ob man das Gleichbehandlungsgebot als Grundsatz des Aktienrechts auffassen oder ob man es als Ausdruck von Treu und Glauben im Aktienrecht ansehen will, “kommt wohl im Ergebnis auf dasselbe heraus”⁵⁶. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Konzeption ist das nämlich eine (untergeordnete) Frage der positivrechtlichen Rechtfertigung; diese aber ist gesichert, folgt man der einen oder der anderen Ansicht. Entscheidend sind m.E. vielmehr das Wesen der Tätigkeit des Konkretisierens, das immer die Möglichkeit neuer Konkretionen offenlässt⁵⁷, sowie die Tatsache, dass Treu und Glauben ein Prinzip des ganzen Privatrechts ist⁵⁸, weshalb es auch für das Aktienrecht immer neu konkretisiert werden kann. Aus diesen theoretischen Erwägungen ist den folgenden Sätzen zum Gleichbehandlungsgrundsatz zuzustimmen^{59,60}:

“Er ist indessen nur *eine* von mehreren möglichen – wenn auch die weitaus bedeutendste – Konkretisierung von Art. 2 ZGB im Aktienrecht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann somit die Berufung auf Art. 2 ZGB nicht ersetzen.”

53 Vgl. BGE 69 II 248.

54 Vgl. dazu etwa die folgenden Stellen in Gerichtsurteilen, in denen unausgesprochen vom Gleichbehandlungsgrundsatz als *lex specialis* gegenüber Art. 2 ZGB ausgegangen worden ist, indem eine weitere Prüfung nach Art. 2 ZGB gar nicht vorgenommen worden ist: BGE 88 II 105 ff., E. 3.; 91 II 300/01, E. 2. und 3., sowie 93 II 406/07, E. 7.; deutlich in diesem Sinne dann wiederum BGE 95 II 162/63, E. 9. a).

55 Vgl. dazu etwa Stockmann, S. 397/98; Schluep, Diss., S. 325 ff.; Weiss, N 185 ff., bes. N 197; vgl. ferner für eine allgemeine Darstellung der Kontroverse Meier-Hayoz/Zweifel, S. 387, sowie Nenninger, S. 49 ff., für eine Darstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

56 Vgl. Stockmann, S. 391.

57 Vgl. dazu allgemein oben S. 92, Ziff. 2., sowie allein einschränkend oben S. 98, lit. B.

58 Vgl. dazu oben S. 210/11, Ziff. 2., sowie S. 211/12, Ziff. 3.; ferner auch zusammenfassend S. 249, Ziff. V. a.A.; auf die Vorgegebenheit des Prinzips von Treu und Glauben braucht in diesem Zusammenhang nicht zurückgegriffen zu werden.

59 Vgl. Meier-Hayoz/Zweifel, S. 388.

60 Nicht zugestimmt werden kann m.E. der von Pelli, S. 49 ff., vertretenen Meinung, der Gleichbehandlungsgrundsatz erübrige sich im Aktienrecht angesichts der Anerkennung des Leitsatzes der schonenden Rechtsausübung für dieses Rechtsgebiet; beide Unterprinzipien von Treu und Glauben können als Konkretionen des Prinzips im Aktienrecht je nach der Lage des Falles ihre Bedeutung entfalten.

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre bilde für die besonderen Verhältnisse der Aktiengesellschaft eine der Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Darüber hinaus lässt sich *kein* allgemeiner *Leitsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht* statuieren; dem würden die Privatautonomie als Grundlage des Privatrechts und insbesondere deren Ausprägung der Vertragsfreiheit entgegenstehen⁶¹. Vereinzelt weitere Anwendungsfälle lassen sich in der Judikatur zwar noch entdecken⁶², doch sind sie ebenfalls nicht verallgemeinerungsfähig, auch wenn sie wohl weitere Konkretisierungen des Prinzips von Treu und Glauben darstellen.

4. Anhang: Zur Notwendigkeit einer rechtlichen Sonderverbindung als einer Frage der Konkretisierung

Was eine rechtliche Sonderverbindung ist, muss sehr wohl von der allgemeinen Lebenserscheinung des menschlichen Handelns in der menschlichen Verbundenheit geschieden werden⁶³. Bezüglich der Bedeutung einer rechtlichen Sonderverbindung für das Gebot von Treu und Glauben sagt *H. Merz*⁶⁴:

“Art. 2 bezieht sich in der Hauptanwendung auf bereits bestehende oder angebaute Rechtsbeziehungen, deren Inhalt näher ausgeformt und deren Schranken festgelegt werden. Er setzt eine *rechtliche Sonderverbindung* und damit ein bestimmtes Vertrauen der an ihr Beteiligten voraus.”

Dieser Ansicht wird zum Teil entschieden, aber m.E. zu sehr in eigentlich ablehnendem Sinne entgegengetreten⁶⁵. Vor allem ist darauf Bedacht zu nehmen, dass in dem soeben wiedergegebenen Textausschnitt aus der Kommentierung zu Art. 2 ZGB ausdrücklich von der Hauptanwendung von Treu und Glauben die Rede ist und nicht von jeglicher Anwendung des Prinzips. Dem ist auch heute noch zuzustimmen, weil nach wie vor die weitaus überragende Mehrzahl der Fälle, in denen Treu und Glauben als Beurteilungskriterium zugezogen wird, eine rechtliche Sonderverbindung – sei es eine vertragliche oder eine gesetzliche⁶⁶ – enthält.

61 In diesem Sinne auch Merz, N 327 zu ZGB 2.

62 Vgl. etwa BIZR 12 (1913) Nr. 94 (betreffend Gleichheit der Offerten an alle Gläubiger im aussergerichtlichen Nachlassverfahren); ferner BIZR 33 (1934) Nr. 95 (betreffend das Entgegenstehen der Vertragsfreiheit).

63 Vgl. zu dieser Unterscheidung oben S. 231, Anm. 152.

64 Vgl. Merz, N 34 zu ZGB 2.

65 Vgl. etwa die Kritik bei Niederhauser, S. 50 ff., bes. S. 51, wo gesagt wird: “Die als Einschränkung gedachte Voraussetzung einer rechtlichen Sonderverbindung ... ist nach diesen Überlegungen nicht aufrechtzuerhalten; ...”

66 Vgl. zu diesen Varianten rechtlicher Sonderverbindung auch Deschenaux, S. 146.

Die Berücksichtigung der jeweiligen rechtlichen Verbundenheit oder, im Falle ihres durchaus möglichen Fehlens, die Verwendung von Treu und Glauben ohne rechtliche Sonderverbindung stellen sich m.E. gleichermassen als reines *Problem sachgemässer Spezifizierung* heraus. Bei der konkretisierenden Annäherung an das dem Fall spezifisch Anhaftende werden die sich aus allfällig vorhandener rechtlicher Sonderverbindung ergebenden Besonderheiten die ausschlaggebenden Momente der Spezifikation von Treu und Glauben abgeben⁶⁷. Der zwingendermassen gleichbleibende Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben ist eben dementsprechend verschieden zu spezifizieren, je nachdem, ob eine rechtliche Sonderverbindung vorliegt oder fehlt. Die nur scheinbar sich widersprechenden Ansichten über die Bedeutung und die Notwendigkeit rechtlicher Sonderverbindung stellen sich demnach, richtig besehen, als Folge der Konkretisierungseigenschaft und somit der Grundsatzqualität von Treu und Glauben selbst heraus⁶⁸.

Zur Uneinigkeit über die Bedeutung des Ausdruckes Treu und Glauben in Art. 1 UWG werden anlässlich der Erörterungen zur Durchgangsfunktion des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB einige Bemerkungen zu machen sein⁶⁹.

B. Einige häufige und typische Spezifizierungen von Treu und Glauben

1. Treu und Glauben im Verkehr

a) Im allgemeinen

Eine erste Besonderung des Grundsatzes von Treu und Glauben bedeutet der immer wiederkehrende Hinweis auf die Anforderungen, die "nach dem Prinzip von Treu und Glauben im Verkehre"⁷⁰ Beachtung erheischen oder die "von dem

67 Insofern ist Niederhauser zuzustimmen, wenn er S. 53 betont, die rechtlichen Sonderverbindungen seien im Zusammenhang mit der Konkretisierung von Treu und Glauben zu sehen. Allerdings sind die Sonderverbindungen nicht die Konkretisierungen von Treu und Glauben, wie der genannte Autor an der genannten Stelle sagt, sondern sie gehören zu den zu beachtenden Besonderheiten bei der Spezifikation des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB. Spezifiziert wird nämlich das Prinzip auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles hin, unter denen die rechtliche Verbundenheit sowie deren Art und Ausmass eine ausschlaggebende Bedeutung haben.

68 Nebenbei ist festzuhalten, dass die Frage nach der Notwendigkeit rechtlicher Sonderverbindung, wie sie vorstehend im Kontext umschrieben worden ist, im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot nur in den Fällen aktuell werden kann, wo Treu und Glauben zu seinem Massstab erhoben wird, was keineswegs immer der Fall zu sein braucht; vgl. dafür, dass es auch andere Massstäbe des Rechtsmissbrauchs gibt, unten S. 335 ff., lit. C.

69 Vgl. dazu unten S. 297, bei Anm. 136.

70 Vgl. BGE 23 I 390/91.

Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehre beherrscht”⁷¹ werden, wobei offenbar daran gedacht ist, dass eben “nach den besonderen Verhältnissen”⁷² des üblichen Umganges im Rechtsverkehr zu urteilen sei, wenn das Prinzip von Treu und Glauben angerufen wird⁷³.

b) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im besonderen

Deutlicher tritt die Notwendigkeit der Rücksichtnahme auf die üblichen Umgangsformen der betreffenden Kreise hervor, wenn – gemäss Treu und Glauben – infolge der “besondern Umstände” eine bestimmte Vertragsauslegung “nach loyaler Verkehrsauffassung”⁷⁴ gelten muss. Die Erfahrung bezüglich des Üblichen hilft mit, zu erkennen, wie eine Vertragspartei ihr “Recht nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Anschauungen des Geschäftskreises, dem der Vertrag untersteht, auszuüben habe”⁷⁵. Auf diese jeweils spezifischen Umstände hin muss das Prinzip von Art. 2 Abs. 1 ZGB verbesondert werden, wobei die Erfahrungssätze der betreffenden Geschäftskreise die Vermutung für sich haben, diejenigen Besonderheiten widerzuspiegeln, auf die man sich hat verlassen können und dürfen. Was objektiv loyales Verhalten ist, vermag oftmals verbindlich ermittelt zu werden, indem auf die so verstandene Verkehrssitte zurückgegangen wird⁷⁶. Die Generalklausel von Treu und Glauben verlangt dann unter den spezifischen Verhältnissen des betreffenden Geschäftskreises die Annahme der in diesem üblichen Bedeutungen von Fachausdrücken und die Befolgung der in ihm üblichen Übungen, sofern nicht die Beteiligten – oder wenigstens einer von ihnen – eindeutig anderes zu wollen zu verstehen gegeben haben⁷⁷. Auch der Hinweis auf die Logik des Geschäftes, wie sie die Parteien in guten Treuen verstehen mussten, spricht wieder das gemeinsame Besondere der Verkehrsgeschäfte an⁷⁸.

Eine Verkehrssitte kann jedoch auch Unsitte sein, die den Erfordernissen loyaler Rechtsausübung nicht standzuhalten vermag; insofern bleibt hinter den Erfahrungs-

71 Vgl. BGE 28 II 242, E. 4.

72 Vgl. BIZR 33 (1934) Nr. 36, S. 99.

73 Vgl. dazu auch noch etwa BGE 32 II 286 (Auslegung von Willensäusserungen nach Treu und Glauben unter Hinweis auf die “Erfahrung des Verkehrs”), 38 II 520 (“Treu und Glauben im Verkehr”); ferner BIZR 35 (1936) Nr. 138, S. 298 (“Treu und Glauben im Verkehr”).

74 Vgl. BGE 48 II 372/73.

75 Vgl. BIZR 40 (1941) Nr. 114, S. 299.

76 Vgl. dazu ausführlicher Merz, N 139 ff. zu ZGB 2; ferner auch Liver, N 69 ff. und 78 zu ZGB 5.

77 Vgl. dazu auch Merz, N 142 zu ZGB 2.

78 Vgl. dazu etwa BGE 99 II 285, E. 1.: “La clause litigieuse ne fournit donc pas au problème du prix de réméré une réponse qui satisfait à la logique de l’opération telle que, de bonne foi, les parties devaient la considérer. Elle ne peut être réputée un texte clair.”

sätzen des Geschäftsverkehrs der ethische Massstab von Treu und Glauben bedeutsam, weil die Standards des Geschäftsverkehrs, wie sie im Alltag üblich sind, ihm genügen oder, mit anderen Worten, zugeschrieben werden können müssen.

c) Treu und Glauben im Behördenverkehr im besonderen

Es ist schon mehrfach davon die Rede gewesen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch das Verhältnis zwischen den Behörden und dem Bürger beeinflusst. Die spezifische Ausprägung von Treu und Glauben unter derartigen Verhältnissen nimmt jedoch einen anderen Gehalt an als diejenige des im Geschäftsverkehr Üblichen, stehen sich doch hier — manchmal übermächtige — Vertreter der verwaltenden Staatsmacht und — in rechtlichen Belangen oftmals vollkommen ungeübte — Bürger gegenüber⁷⁹. Daher geht es in diesen Spezifizierungen von Treu und Glauben vorab um “das Gebot eines gewissenhaften vertrauenswürdigen Verhaltens der Verwaltungsbehörden”⁸⁰, dem normalerweise eine Berechtigung des Bürgers entspricht, auf dieses Verhalten loyalerweise vertrauen zu dürfen und zu müssen.

2. Treu und Glauben und die Irrtumsregel von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

a) Im allgemeinen

Auf die soeben dargestellte Spezifikation auf die Verkehrsgeschäfte hin⁸¹ nimmt auch die Regel von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR Bezug, wonach ein Vertrag wegen wesentlichen Irrtums dann unverbindlich ist, “wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde”⁸². Besonders beachtet werden muss bei der Anwendung dieser Bestimmung, ob ein Sachverhalt vorliege, “der bei objektiver Betrachtung, vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus, als *conditio sine qua non* für den Abschluss eines solchen Vertrages bezeichnet werden könne”⁸³. Auf das in den jeweiligen Verkehrskreisen Übliche

79 Man denke zur Verdeutlichung nur etwa an jene Fälle, wo ein Bürger zum sicher einzigen Mal in seinem Leben bei der Erstellung eines Eigenheimes den verschiedensten und vielfältigsten Bewilligungs- und Abnahmebehörden ziemlich hilflos gegenübersteht, wenn er nicht von einem Bau- oder Baurechtsfachmann beraten wird.

80 Vgl. BGE 94 I 521; vgl. im übrigen dazu auch Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 289 ff.

81 Vgl. dazu oben S. 279/80, lit. b.

82 So der Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

83 Vgl. BGE 53 II 140; die Hervorhebung im Original ist weggelassen worden, weil im jetzigen Zusammenhang vielmehr die Ausdrücke des “Geschäftsverkehrs” und “eines solchen Vertrages” (nicht etwa dieses Vertrages!) als Ausfluss spezifizierenden Denkens im Vordergrund des Interesses stehen.

wird denn auch im Zusammenhang mit der Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung immer wieder abgestellt⁸⁴. Die Entscheidung darüber, ob der Irrtum als wesentlicher zu gelten habe, wird also nach dem objektiven Massstab von Treu und Glauben in seiner nach den besonderen Umständen des Geschäftsverkehrs spezifizierten Aussagekraft getroffen.

b) Zunehmende Spezifizierung bei Beurteilung von Grundlagenirrtümern ausserhalb des Geschäftsverkehrs

Die Frage, ob ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anzunehmen sei, kann sich auch ausserhalb der eigentlichen Verkehrsgeschäfte stellen, auf welche die gesetzliche Bestimmung hauptsächlich zugeschnitten ist. Dann erweisen sich aber präzisere Spezifizierungen der Generalklausel von Treu und Glauben nach den – weitere Besonderheiten abgebenden – Umständen des zu beurteilenden Falles als notwendig.

So wurde etwa eine vertraglich eingegangene Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an ein ausserheheliches Kind und dessen Mutter, nach Bekanntwerden des Mehrverkehrs der Mutter, auch auf das Vorliegen eines Grundlagenirrtums geprüft. In diesem Zusammenhang wurde die Notwendigkeit weitergehender Spezifizierung des Massstabes von Treu und Glauben bei solcher Benutzung der Regel über den Grundlagenirrtum treffend wie folgt beschrieben⁸⁵:

“Es steht nichts entgegen, den auf Verkehrsgeschäfte zugeschnittenen Art. 24 Ziff. 4 auf andere Verträge, wie den vorliegenden, analog anzuwenden, in der Weise, dass statt auf Treu und Glauben ‘im Geschäftsverkehr’ auf die besonderen Umstände des Vertragsschlusses abgestellt wird.”

Die besonderen Umstände dieses Vertrages verlangten eben eine Spezifizierung der Aussage von Treu und Glauben auf diese Besonderheiten hin.

84 Vgl. etwa die folgenden Entscheidungen: BGE 83 II 23 (“Grundlage des Vertrages, die vom Kläger nach Treu und Glauben im Geschäftsleben als gegeben vorausgesetzt werden durfte und bei objektiver Betrachtung vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus als unerlässlich erscheint”), 87 II 138, E. 3. (“dass die Voraussetzung, ... auch von objektiven Gesichtspunkten aus betrachtet, nach den Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine unerlässliche Grundlage des abgeschlossenen Kaufvertrages gebildet hat”), 91 II 278, E. 2. (“eine notwendige Grundlage des Vertrages bildete und nach den Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als solche betrachtet werden durfte”, wonach z.B. auf die “üblichen” Preise für landwirtschaftliche Grundstücke “in der betreffenden Gegend” abgestellt wurde), 96 II 27, E. 2. b) (“Die falsche Vorstellung des Beklagten über die Rechtslage betraf somit einen Sachverhalt, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr für beide Parteien die Grundlage der Erklärung des Beklagten bildete”).

85 Vgl. BGE 70 II 198/99; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

Selbst bei einem Erbvertrag kann die Regel über den Grundlagenirrtum unter gleichzeitiger sachgemässer Spezifizierung des Massstabes von Treu und Glauben in bestimmtem Umfange zur Geltung kommen. Das bestätigt ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 1973, wo die folgenden Worte zur Spezifizierung von Treu und Glauben auf Erbverträge und die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums in deren Zusammenhang zu lesen sind⁸⁶:

“Mit Recht weist *Picenoni* darauf hin, dass beim Erbvertrag den Motiven beim Vertragsschluss in der Regel eine grössere Beachtung geschenkt wird als bei denjenigen Rechtsgeschäften des Obligationenrechtes, die in grosser Zahl abgeschlossen zu werden pflegen (...). Entsprechend häufiger dürfte es daher sein, dass ein den Erblasser zum Vertragsschluss bewegendes und auch dem Vertragspartner bekanntes Motiv als Vertragsgrundlage anerkannt werden muss, wenn sich der Erblasser darüber in einem Irrtum befunden haben sollte. Ob das der Fall ist, muss *nach Treu und Glauben auf Grund der konkreten Umstände* beurteilt werden, unter denen der Erbvertrag zustande gekommen ist. Von Treu und Glauben ‘im Geschäftsverkehr’ gemäss der Ausdrucksweise von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann, ..., im Zusammenhang mit Erbverträgen allerdings nicht gesprochen werden, da diese *nicht* zu den *Verkehrsgeschäften* gehören (...).”

Der Massstab der berechtigten Verlässlichkeit muss in diesen Fällen auf die sehr spezifischen Verhältnisse des Abschlusses eines Erbvertrages verbesondert werden⁸⁷, auf eine Spezifikationsstufe also, die weit präziser ist als diejenige der Verkehrsgeschäfte⁸⁸.

3. Einige Beispiele weitergehender Spezifizierung

Im Streit über das Zustandekommen eines Vertrages im internationalen Eierhandel durfte sich die eine Partei “mangels einer ausdrücklichen anderweitigen Fristansetzung nach Treu und Glauben im Verkehr darauf verlassen, dass” eine

86 Vgl. BGE 99 II 386; die Hervorhebungen im Zitat sind im Sinne von Hinweisen auf die Spezifizierung vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

87 Diese Besonderung wird in dem im Kontext wiedergegebenen Urteilsausschnitt als Berücksichtigung “der konkreten Umstände” bezeichnet, worunter nichts anderes als die spezifischen Umstände zu verstehen sind.

88 Es wird also bezüglich eines Erbvertrages weiter spezifiziert, wenn es um einen Grundlagenirrtum geht, als im Normalfall von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Vgl. ferner als weiteres Beispiel den Fall eines Grundlagenirrtums bezüglich einer Erklärung über die Verantwortung an einer Verkehrskollision und die dortige Spezifizierung von Treu und Glauben in BGE 96 II 27, E. 2. b).

“den internationalen Eierhandel beherrschende tatsächliche Übung” des Inhalts, dass der Antragsteller an mittels Telegramm übermittelte Offerten für 24 Stunden gebunden bleibe, “stillschweigend auch für das in Aussicht genommene Geschäft gelte”⁸⁹. Die andere Partei musste sich dementsprechend zurechnen lassen, dass diese Übung ihr “als Eierexporteurin zweifellos bekannt sein musste”, weshalb ihre 22 1/2 Stunden nach der Offerte eingetroffene Annahmeerklärung “als rechtzeitig eingegangen angesehen”⁹⁰ wurde. Diese Beurteilung mittels dieser Spezifizierung von Treu und Glauben hätte sich in vergleichbaren Fällen auch jeder andere Eierhändler mit internationalen Geschäftsbeziehungen entgegenhalten lassen müssen und darin liegt zugleich ihr regelhafter Charakter. Die Besonderheit, Händler der betreffenden Branche zu sein, gibt das ausschlaggebende Spezifikationsmoment ab.

Regelmässig muss sich etwa “ein Grosskaufmann”, der “eine Schiedsklausel abschliesst”⁹¹, gefallen lassen, dass sein nachmaliges Verhalten im Prozess auf seine Loyalität hin geprüft und nach diesem Massstabe beurteilt wird, im besonderen unter Berücksichtigung gerade seiner Eigenschaft, Grosskaufmann zu sein, einer Art von Kaufleuten anzugehören, die oft solche Klauseln abzuschliessen pflegt.

Verträge mit starker persönlicher Bindung verlangen bei ihrer Beurteilung eine Spezifizierung von Treu und Glauben, die sich wesentlich an dieser Besonderheit ausrichtet. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn in einem älteren Urteil zu einem Arbeitsvertrag zu lesen steht, dass “die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr, wie sie beim Dienstvertrag mit seinen persönlichen Bindungen zwischen den Parteien im besonderen Masse zu gelten haben”, “für beide Vertragskontrahenten die Pflicht zu gewissen ‘Anzeigen’”⁹² ergäben.

Wo vertraglich eingeräumtes Ermessen ausgeübt wird, muss die Beurteilung der Loyalität des diesbezüglichen Handelns “nach den besonderen Verhältnissen und nach Treu und Glauben”⁹³ erfolgen. Das heisst nichts anderes, als dass bei der Beurteilung nach Treu und Glauben der Massstab und die Aussage des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB auf die Besonderheiten solchen eingeräumten Ermessens hin spezifiziert oder, weniger genau, näher bestimmt werden müssen⁹⁴.

Ob ein bevormundeter Urteilsfähiger einen Dritten über seine Bevormundung aufklären muss, wenn er mit ihm in Vertragsverhandlungen tritt, muss in spezifizierender Verwendung der Generalklausel von Treu und Glauben danach beurteilt werden, “ob und inwiefern überhaupt die irrige Annahme des Dritten für ihn erkennbar war, und sodann weiter, ob und inwiefern er mit einer anderweitigen Auf-

89 Vgl. BGE 50 II 18.

90 Vgl. BGE 50 II 18.

91 Vgl. BGE 84 I 62.

92 Vgl. BIZR 33 (1934) Nr. 22 c), S. 76.

93 Vgl. BIZR 33 (1934) Nr. 36, S. 99.

94 Vgl. dazu auch Merz, N 178 zu ZGB 2, mit weiteren Hinweisen.

klärung des Dritten über die ihm fehlende Handlungsfähigkeit rechnen durfte“⁹⁵. Sind all diese Möglichkeiten der Erkennbarkeit und anderweitiger Aufklärung zu verneinen, so verlangt der auf derartige Umstände spezifizierte Grundsatz der berechtigten Verlässlichkeit vom bevormundeten Urteilsfähigen, dass er den Dritten aufkläre.

Auch in den vielen Fällen der Annahme eines stillschweigenden Verzichtes unter den Parteien ist regelmässig das lang andauernde Schweigen im Lichte von Treu und Glauben als besonderer Umstand der Beurteilung zugrunde zu legen⁹⁶. Es handelt sich dabei um eine weiterführende Besonderung des Vertrauensprinzips als eines Mittels rechtsgeschäftlicher Auslegungslehre⁹⁷.

4. Abschliessende Bemerkungen

Die angeführten, aus beinahe unermesslicher Fülle von Gerichtsurteilen herausgegriffenen Beispiele verdeutlichen zur Genüge den Konkretisierungsvorgang der Spezifikation bei der indirekten Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Immer ist der Sinn von gesetzlichen Vorschriften oder Vertragsklauseln “im Lichte von Treu und Glauben zu ermitteln, unter Würdigung ihres Zweckes und des Zusammenhanges, in dem sie stehen”⁹⁸. Ebendiese Würdigung der Umstände erfolgt unter Spezifizierung der Aussage des Rechtsprinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB auf deren Besonderheiten hin.

Obwohl die Liste der Beispiele zur spezifizierenden Betrachtung bei der praktischen Verwendung von Treu und Glauben noch beträchtlich verlängert werden könnte, wollen wir uns nun einigen Beispielen gefestigter Regeln, die auf Treu und Glauben basieren und Konkretionen des Prinzips, d.h. genauer ausgedrückt Spezifikationen des Grundsatzes, darstellen, zuwenden, um auch den regelhaften Charakter der Konkretisierungen von Art. 2 Abs. 1 ZGB noch hervorzuheben.

⁹⁵ Vgl. BIZR 40 (1941) Nr. 56, S. 134.

⁹⁶ Vgl. dazu ausführlicher und mit vielen Hinweisen auf die Judikatur Merz, N 514 und 521/22 zu ZGB 2.

⁹⁷ Vgl. dazu auch Merz, N 521 zu ZGB 2.

⁹⁸ Vgl. BGE 88 II 345; vgl. ferner dazu auch Merz, N 152 zu ZGB 2.

C. Einige auf Treu und Glauben basierende Regeln des Rechts

1. Einleitende Bemerkungen

Eine Auswahl von Regeln, die gesicherter und oftmaliger Anwendung von Treu und Glauben entspringen, soll im folgenden kurz gestreift werden. Dabei werden sie absichtlich in jeweils prägnanter Formulierung den nachfolgenden Erläuterungen vorangestellt. Sie dienen zugleich als eigentliche Brücken des Überganges zur späteren Darstellung der Durchgangsfunktion von Treu und Glauben⁹⁹. Verschiedene dieser Regeln dürfen nämlich heute schon als so weit verselbständigt gelten, dass der Grundsatz seine Durchgangsfunktion mehrheitlich erfüllt hat und der Schwerpunkt ihrer Beziehung zu Treu und Glauben nur noch in der Sicherstellung einer positivrechtlichen Rechtfertigung ihrer Geltung aus Art. 2 Abs. 1 ZGB besteht.

2. Die sog. Unklarheitenregel

a) Im allgemeinen

Rechtssatzförmig formuliert würde diese Regel etwa folgendermassen lauten:

“Unklarheiten eines Textes rechtsgeschäftlicher Art müssen zu-
ungunsten ihres Verfassers verstanden und dementsprechend
beurteilt werden.”

Wo die Redaktion rechtsgeschäftlicher Übereinkünfte ausschliesslich von einem der Beteiligten vorgenommen wird, dürfen die anderen sich darauf verlassen, dass diese Klauseln so verstanden werden müssen, wie sie von ihnen nach Treu und Glauben verstanden werden können und loyalerweise verstanden werden dürfen¹⁰⁰. Entsprechend dem Wortlaut der oben formulierten Regel ist es selbstverständlich, dass sie nicht anrufen kann, wer selber an der endgültigen Abfassung eines Vertrages mitbeteiligt war und auf sie Einfluss nehmen konnte¹⁰¹. Das ist insbesondere auch dort zu beachten, wo zwar Formularverträge verwendet werden, aber dennoch eingehende Vertragsverhandlungen stattfinden und nicht einfach nur die Unterzeichnung oder Nicht-Unterzeichnung des fertigen Formulars offensteht¹⁰².

99 Vgl. mehr zur Durchgangsfunktion des Prinzips von Treu und Glauben unten S. 295 ff., Ziff. V.

100 Vgl. ausführlicher zu dieser Regel Merz, N 157 zu ZGB 2.

101 Vgl. dazu etwa BGE 99 II 290 ff., wo die Anwendung der Unklarheitenregel zu Recht verneint wurde, weil trotz der Verwendung eines mietrechtlichen Formularvertrages beide Parteien bei der Abfassung des definitiven Vertragstextes mitgewirkt hatten.

102 Formularverträge haben eine weite Verbreitung gefunden. So werden etwa Mietverträge, zumindest in städtischen Verhältnissen, beinahe ausschliesslich auf dieser Basis abgeschlos-

b) Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen im besonderen

Ihren heute wohl wichtigsten Anwendungsbereich hat die Unklarheitenregel im Bereich der sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁰³, welche eine typisierte und standardisierte Vertragsregelung anstreben, "die meist nur als Ganzes angenommen oder abgelehnt werden kann"¹⁰⁴. Besonders häufig sind solche formalisierten Vertragsgebilde im (privaten) Versicherungsrecht anzutreffen. Dementsprechend häufig sind auch die Urteile in versicherungsrechtlichen Streitfällen, bei denen die Spezifikation des Prinzips von Treu und Glauben namens Unklarheitenregel – so genannt oder nicht – zur Anwendung gelangt ist¹⁰⁵.

c) Eine Unterregel der Unklarheitenregel bei standardisierten Verträgen im besonderen

Als eigentliche Besonderung der Unklarheitenregel und damit auch von Treu und Glauben liesse sich die folgende Regel aufstellen:

"Stehen sich die sprachlichen Bedeutungen des allgemeinen Sprachgebrauches und eines Fachkreises von Spezialisten gegenüber, so geht der Alltagsgebrauch vor."

Diese Regel bildet, als eine weitere Spezifikation, gewissermassen ein Gegenstück zur spezifizierenden Betrachtung, wenn ausschliesslich Fachkreise an einem Rechtsgeschäft beteiligt sind¹⁰⁶. Sie hat ihr Hauptanwendungsgebiet wiederum bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen und dort insbesondere in allgemeinen Versicherungsbedingungen¹⁰⁷.

So ist etwa in BGE 104 II 283 ff. der Begriff der Schlägerei bzw. des Raufhandels als Ausschlussgrund der Leistungen einer Versicherung nach der Bedeutung untersucht worden, die er im täglichen Sprachgebrauch zu haben pflegt. In BGE 97 II 74 ff. wurde sodann der Begriff des Taglohnes in Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt und für die Möglichkeit eines besonderen versicherungstechnischen Sinnes des Ausdruckes, der Rechtserheblichkeit beanspruchen könnte, eindringlich darauf hingewiesen, dass sich ein solcher "aus dem auszulegen-

sen oder Versicherungsverträge enthalten standardisierte allgemeine Geschäftsbedingungen. Den Nachteilen solcher Verträge, denen z.B. auch die Unklarheitenregel beizukommen versucht, stehen m.E. auch Vorteile gegenüber, indem beispielsweise ein Mieter sich bald einmal sehr gut in den ihn betreffenden Verträgen auskennen kann, wenn er es will.

103 So auch Merz, N 172 zu ZGB 2.

104 Vgl. Merz, N 170 zu ZGB 2.

105 Vgl. dazu beispielsweise die folgenden Urteilsstellen: BGE 50 II 543, E. 4.; 97 II 73/4, E. 3., sowie 99 II 89/90, E. 3.

106 Vgl. dazu oben S. 279/80, lit. b.

107 Vgl. dazu ausführlicher Merz, N 151 und vor allem N 171 zu ZGB 2.

den Text selber ergeben”¹⁰⁸ müsste. Auch in BGE 96 II 204 ff. wurde in einer versicherungsrechtlichen Streitigkeit auf den “gewöhnlichen Sprachgebrauch”¹⁰⁹ abgestellt zwecks Auslegung der Bedeutung eines von der Versicherung vorgelegten Fragebogens.

3. Die Anzeigepflicht bei erkanntem Irrtum

In Anlehnung an eine Formulierung im Kommentar von *H. Merz* liesse sich auch die folgende Regel prägen¹¹⁰:

“Wer in rechtsgeschäftlichen Beziehungen einen Irrtum eines anderen Beteiligten erkennt, ist normalerweise zur Aufklärung verpflichtet.”

Diese Aufklärungspflicht ist jedoch auf Fälle klar erkannten Irrtums des Partners des Geschäftes zu beschränken und keinesfalls als allgemeine Aufklärungspflicht über dem andern wesentliche Umstände misszuverstehen¹¹¹. Für ein Beispiel darf auf das schon erwähnte der Aufklärungspflicht des bevormundeten Urteilsfähigen verwiesen werden¹¹². Es ist demnach das spezielle Moment der Kenntnis des anderen über den Irrtum, welches zu dieser Regel als einer Spezifizierung des Gebotes von Treu und Glauben hinleitet.

4. Abschliessende Bemerkungen

Auch die vorstehende Auswahl von gefestigten Rechtsregeln, die sich als Anwendungen des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellen, ist unvollständig; sie könnte um viele weitere Beispiele verlängert werden. Wichtig ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang nur der Nachweis der Möglichkeit und — anhand von Beispielen — der Existenz gefestigter Regeln gewesen, die Spezifikationen der Generalklausel von Treu und Glauben sind. Es zeigt sich, dass auch dabei immer ein besonderer Aspekt tatsächlichen Geschehens in Modellform den Anknüpfungspunkt zu einer Spezifizierung des Rechtsprinzips, das in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthalten ist, abgibt.

Als letztes sollen nun im Rahmen der Aufzählung von Belegen zur Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben einige wenige besonders anschauliche Beispiele der spezifizierenden Denkweise angeführt werden.

108 Vgl. BGE 97 II 76.

109 Vgl. BGE 96 II 217, E. 8.

110 Vgl. dazu ausführlich Merz, N 271 ff. zu ZGB 2; zur im Kontext angeführten Regel und ihrer Anlehnung an eine Formulierung des Kommentators bes. N 271 daselbst.

111 Vgl. dazu Merz, N 270 und auch N 273 zu ZGB 2.

112 Vgl. dazu oben S. 283/84, nach Anm. 94.

IV. Besonders anschauliche Beispiele zur Spezifikation als der Treu und Glauben zugehörigen Konkretisierungsform

A. Auszug aus BGE 97 II 390 ff.

1. Zum Tatbestand

Ein Energielieferungsvertrag in Form eines Dauerschuldverhältnisses, dessen Lieferungsspflicht ursprünglich eine Gegenleistung für die Abtretung der betreffenden Wasserrechtskonzession war, und dessen Kündbarkeit waren im Jahre 1971 Gegenstand dieses bundesgerichtlichen Urteils. Als zusätzliches Problem stellte sich dabei heraus, dass die zur Energielieferung verpflichtete Gemeinde sich für die Kündbarkeit des Vertrages nicht auf eine gegen Art. 27 ZGB verstossende, unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit berufen konnte, weil sie durch die Leistungen aus dem Vertrag in ihren finanziellen Verhältnissen nicht übermässig beschwert wurde¹¹³. Es handelte sich also um einen ausgesprochen selten eintretenden Fall; zu entscheiden galt es, wann dieses Schuldverhältnis nun gelöst werden könne. Dabei hat der Grundsatz von Treu und Glauben in einer für solche Fälle spezifizierenden Art zur Lösung verholten.

2. Der Ablauf der Spezifizierung

a) Bemerkungen

Es ging im wesentlichen darum, die *besonderen Umstände* herauszustellen, die zu einer Möglichkeit der Kündigung des Vertrages hinzuführen vermochten. Der Massstabcharakter von Treu und Glauben verlangte dabei nach einer Begründung, die für *solche Fälle* auch in Zukunft brauchbar wäre. Es musste demnach auf Grund der Umstände des Falles spezifiziert werden, was Treu und Glauben für *so geartete Umstände* – und nicht etwa für nur gerade diese originalen Lebensvorgänge – auszusagen vermag.

b) Der entsprechende Urteilsausschnitt¹¹⁴

Nachdem nochmals darauf hingewiesen worden war, dass Art. 27 ZGB “in solchen Fällen”(!) keine genügende Handhabe biete, wurde alsdann auf den “allgemei-

¹¹³ Vgl. dazu S. 399, E. 7., des Urteils.

¹¹⁴ Vgl. S. 400 des Urteils.

nen Grundsatz von Treu und Glauben des Art. 2 ZGB" zurückgegriffen. Dann heisst es vorerst:

"Das bedingt, dass man auf den *Zweck* abstellt, den die Parteien seinerzeit mit dem Abschluss des Stromlieferungsvertrages verfolgt haben ... Die Firma ... hatte von der Gemeinde Churwalden die Wasserrechte an der Rabiusa erworben, soweit sie dieser Gemeinde zustanden. Infolge des Verkaufs der Liegenschaft Meiersboden musste sie auf ihre Absicht, dort eine Mühle zu errichten und sie mit einem Wasserkraftwerk zu betreiben, verzichten. Als Entschädigung für die abgetretene Wasserrechtskonzession vereinbarten die Parteien neben dem Kaufpreis für die Liegenschaft Meiersboden und der Erstattung aller Aufwendungen die Lieferung von Strom zu einem Vorzugspreis durch die Stadt Chur."

Im Anschluss an diese Sätze erfolgt nun die spezifizierende rechtliche Beurteilung auf Grund von Treu und Glauben, ohne Berücksichtigung des eigentlich Originären der zugrundeliegenden Lebensereignisse:

"Es darf deshalb nach dem Grundsatz von Treu und Glauben angenommen werden, dass die Parteien stillschweigend davon ausgingen, die Stromlieferungen seien für die Dauer der Konzession vereinbart."

Ergänzend sei vermerkt, dass natürlich auch hier das Prinzip von Treu und Glauben keine eigenen Rechtsfolgen ausgelöst hat; es vermochte einzig die Verbindung der Beendigung der Stromlieferungsverpflichtung mit dem Ablauf der Wasserrechtskonzession zu begründen. Der Zeitpunkt des Erlöschens der Wasserrechtskonzession, der nachher getrennt von den vorstehenden Erwägungen und unabhängig von Treu und Glauben ermittelt werden musste, ergab erst die zeitliche Fixierung, wann die Kündbarkeit des Vertrages eintrete¹¹⁵.

B. Auszug aus BGE 100 II 18 ff.

1. Zum Sachverhalt

Strittig war in diesem Fall das Zustandekommensein eines Mietvertrages. Rechtlich gewürdigt werden musste die Bedeutung der schriftlichen Bestätigung eines vermeintlich mündlich abgeschlossenen Vertrages¹¹⁶. Zur zentralen Frage

115 Vgl. dazu S. 401 ff., E. 9. und 10., des Urteils.

116 Vgl. dazu S. 22/3, E. 3. a), dieses Urteils.

wurde dann jene, ob im Sinne des Art. 6 OR nach der Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten gewesen sei¹¹⁷.

2. Der Ablauf der Spezifikation

a) Bemerkungen

Es ging nach der Feststellung, dass eine eigentliche Verkehrssitte dafür besteht, zumindest langfristige und mit hohem Basiszins versehene Mietverträge schriftlich abzuschliessen¹¹⁸, darum, das Verhalten der Parteien im Lichte dieser Spezifizierung des Vertrauensprinzipes rechtlich zu würdigen.

b) Der entsprechende Urteilsausschnitt¹¹⁹

Der genannten Verkehrssitte wurde das Verhalten der Parteien wie folgt in spezifizierender Betrachtung, und wiederum ohne Rücksichtnahme auf die originär-individuellen Umstände der strittigen realen Lebensvorgänge, gegenübergestellt:

“Richtig ist, dass es sich bei beiden Parteien um Kaufleute handelt. Der formlose Abschluss eines Mietvertrages, zumal über mehrere Stockwerke, fiel bei der beklagten Partei jedoch nicht unter die von ihr üblicherweise getätigten Handelsgeschäfte, da sie sich stets an schriftliche Verträge gehalten haben will. Bei der Klägerin verhielt es sich nicht anders. Nach dem angefochtenen Urteil musste sie zugeben, dass sie bisher alle Mietverträge mindestens schriftlich bestätigte, sich also nicht mit mündlichen Vereinbarungen zu begnügen pflegte ... Es hilft ihr deshalb auch nicht, dass sie im Begleitschreiben ausführte, der Austausch gegenseitig unterzeichneter Verträge sei nicht erforderlich, könne aber vorgenommen werden, ... Dabei könnte sie die Gegenpartei nur behaften, wenn sich das Schweigen des Empfängers nach den übrigen Umständen, insbesondere nach der Verkehrssitte, als Zustimmung werten liesse. Das trifft offensichtlich nicht zu.”

117 Art. 6 OR lautet wie folgt: “Ist wegen der besondern Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.”

118 Vgl. dazu S. 23, E. 3. b), dieses Urteils.

119 Vgl. S. 23/4 des Urteils.

Die Erfahrungssätze der Verkehrssitte als Spezifizierungen des Vertrauensprinzips und die – ebenfalls spezifizierende – Gegenüberstellung des üblichen – nicht etwa des gerade in diesem Falle geübten – Verhaltens der Parteien führten zur Entscheidung der Streitsache in dem Sinne, dass kein Vertrag zustande gekommen war. Ohne expressis verbis auf Treu und Glauben Bezug zu nehmen, wurde der Fall nach erfahrungsmässig feststehenden, dem ethischen Massstab nicht widersprechenden Spezifikationen dieses objektivierenden Grundsatzes rechtlicher Beurteilung zugeführt.

C. Das Urteil BGE 104 Ia 278 ff.

1. Zum Rechtsproblem

Dieses Urteil bringt m.E. ein eigentliches *Paradebeispiel verschiedener Etappen der Spezifizierung von Treu und Glauben*. Es ist um den Entscheid über die Verbindlichkeit einer Gerichtsstandsklausel in einem Formularvertrag gegangen, mit welcher der Mieter eines Personenwagens auf den Gerichtsstand des Wohnsitzrichters gemäss Art. 59 Abs. 1 BV verzichtet haben sollte.

2. Der Ablauf der Spezifikation im einzelnen

a) Die Herrschaft des Vertrauensprinzips für einen Verzicht auf den Wohnsitzrichter (= 1. Etappe der Spezifikation)

Nachdem vorerst die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse an die klare äussere Kenntheitlichkeit einer von Art. 59 Abs. 1 BV abweichenden Gerichtsstandsklausel rekapituliert worden waren, die nachher für den zu beurteilenden Streitfall als erfüllt erachtet wurden¹²⁰, kam es zunächst zur Spezifikation des Grundsatzes von Treu und Glauben für eine *solche* Abmachung¹²¹:

“Grund für diese Rechtsprechung ist, dass Vereinbarungen prozessrechtlicher Natur gleich wie Verträge allgemein nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu beurteilen sind. Ob ein gültiger Verzicht auf den Wohnsitzrichter vorliegt, hängt demnach davon ab, ob der Vertragspartner des Verzichtenden in guten Treuen

120 Vgl. dazu S. 279/80 sowie 281/82, E. 4. a) und b), des Urteils.

121 Vgl. S. 280 des Urteils.

annehmen durfte, sein Gegenkontrahent habe mit dem Akzept zum Vertrag auch der darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung zugestimmt (BGE 93 I 328)."

b) Auswirkungen der Unklarheitenregel für den Fall einer Gerichtsstandsklausel in Formularverträgen (= 2. Etappe der Spezifikation)

Das Vertrauensprinzip verlangt infolge der früher dargestellten Unklarheitenregel ein Mehr an spezifizierender Berücksichtigung der *besonderen* Umstände, wo ein Formularvertrag den Verzicht auf den Wohnsitzrichter enthält¹²². Dem trägt das jetzt betrachtete Urteil direkt im Anschluss an die Statuierung der Geltung des Vertrauensprinzips wie folgt Rechnung¹²³:

"Da die in einem Formularvertrag oder in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Gerichtsstandsklausel in der Regel eine geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmung darstellt und zudem ein verfassungsmässiges Recht beschränkt, ist diese Annahme nur dann gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, der Verzichtende habe von der Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen und ihre Bedeutung richtig erkannt (...)."

c) Beschränkung des bisherigen Resultates auf geschäftsgewohnte Kreise (= 3. Etappe der Spezifikation)

Wiederum in unmittelbarem Anschluss an die vorstehend wiedergegebenen Sätze wird festgehalten, dass die so ermittelte *spezifische Anwendungsregel* von Treu und Glauben nur für *solche* Vertragsparteien gilt, die sich an *derartige* Geschäftsvorgänge gewohnt sind¹²⁴:

"Ist der Verzichtende geschäftserfahren und rechtskundig, so darf sein Vertragspartner einen solchen bewussten Verzicht auf den Wohnsitzrichter in aller Regel dann annehmen, wenn die Klausel den formellen Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, d.h. wenn sie unmissverständlich ist, sich an einer gut sichtbaren Stelle befindet und durch ihre drucktechnische Gestaltung hervortritt. Unter diesen Umständen kann

122 Vgl. zur Unklarheitenregel oben S. 285 ff., Ziff. 2.

123 Vgl. S. 280 des Urteils.

124 Vgl. S. 280/81 des Urteils.

von einem erfahrenen und rechtskundigen Geschäftspartner erwartet werden, dass er die Gerichtsstandsklausel beachtet und versteht, ferner, dass er sie ausdrücklich ablehnt, wenn er mit dem Verzicht auf den Wohnsitzrichter nicht einverstanden ist.”

Auf dieser Spezifikationsebene würden wohl die meisten solchen Fälle endgültig entschieden werden können; so viel Geschäftserfahrung wird dem Durchschnittsschweizer wohl eher selten abzusprechen sein¹²⁵. Trotzdem kann die Beachtung weiterer Besonderheiten mittels noch weitergehender Spezifikation notwendig werden.

d) Die Besonderheit der Geschäftsunerfahrenheit unter besonderer Berücksichtigung eines weiteren Standards sowie unverschuldeter sprachlicher Unkenntnis (= 4. Etappe der Spezifikation)

Im Anschluss an die zuletzt wiedergegebenen Sätze wird in dem Urteil eine weitere Spezifizierung der Erfordernisse loyaler Rechtshandhabung vorgenommen, die wiederum in dem Sinne *regelhaften Charakter* aufweist, für alle *so gearteten Fälle* zu gelten, und die unter Anlehnung an ein weiteres, artmässig bestimmtes Modell zustande gekommen ist, das aus der Sicht der Regel ein Maximum an Berücksichtigung der Besonderheiten einer noch fassbaren Gruppe von Durchschnittsfällen darstellt. Die entsprechenden Erwägungen lauten wie folgt¹²⁶:

“Das gilt jedoch nicht in gleicher Weise, wenn der Verzichtende geschäftlich nicht gewandt und rechtsunkundig ist. Es entspricht der Erfahrung, dass ein solcher Vertragspartner die in einem Formularvertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel häufig auch dann nicht bemerkt oder ihre Tragweite nicht richtig erkennt, wenn die Klausel an sich unmissverständlich abgefasst und von den übrigen Vertragsbestimmungen abgehoben ist. Damit der Gegenkontrahent einer geschäftlich unerfahrenen und rechtsunkundigen Partei annehmen kann, sein Vertragspartner habe auf die Garantie des Wohnsitzrichters bewusst verzichtet, kann deshalb über die formellen Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinaus notwendig sein, dass der Verzichtende auf die Gerichtsstandsklausel in besonderer Weise hin-

125 Ganz gewiss genügt diese Spezifizierung aber für eigentliche Geschäftsleute; vgl. in diesem Sinne im gegenwärtig untersuchten Urteil S. 282, E. 4. b), letzter Satz: “Wäre der Vertrag von einem erfahrenen Geschäftsmann abgeschlossen worden, so müsste dieser die Gerichtsstandsvereinbarung deshalb als verbindlich gegen sich gelten lassen.”

126 Vgl. S. 281 des Urteils.

gewiesen wird und dass ihm deren Bedeutung erklärt wird. In diesem Sinne ist die bisherige Rechtsprechung zu präzisieren.”

Indem also auf einen weiteren Standard, nämlich die Erfahrung über die Schwierigkeiten von Personen, die sehr selten rechtsgeschäftlich tätig sind, insbesondere in derartigen, mit allgemeinen Geschäftsbedingungen und Gerichtsstandsklauseln versehenen Bereichen des Vertragsrechts, abgestellt wurde, gelangte das Gericht zu einer weiteren, noch intensiver auf die Besonderheiten solcher Fälle Rücksicht nehmenden Spezifikation des Gebotes von Treu und Glauben. Der *besondere Umstand* tatsächlicher Rechtsunkundigkeit zufolge seltener rechtsgeschäftlicher Tätigkeit muss in allen *derartigen Fällen* in die spezifizierende Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben einbezogen werden. Damit entstehen der Gegenpartei eines *solchen Verzichtenden* Aufklärungspflichten, die sich der schon beschriebenen Anzeigepflicht bei klar zu erkennendem Irrtum annähern¹²⁷.

In dem Urteil wurde zusätzlich noch auf das ebenfalls spezifizierende Moment der wenig gefestigten sprachlichen Kenntnis des Verzichtenden abgestellt, was die Pflicht zur Aufklärung über die Bedeutung der Gerichtsstandsklausel noch verstärkte¹²⁸.

3. Abschliessende Bemerkungen

a) Im allgemeinen

Anhand dieses einen Beispielen sollte der Ablauf der spezifizierenden Konkretisierung von Treu und Glauben wenigstens einmal ausführlich veranschaulicht werden. Im Sinne einer Würdigung ist zu diesem Urteil wohl zu sagen, dass der mögliche und zulässige Raum zu regelbildender Spezifizierung des Grundsatzes von Treu und Glauben für Fälle, bei denen es die Verbindlichkeit vertraglicher Gerichtsstandsklauseln zu beurteilen gilt, voll ausgeschöpft worden ist. Präzisere Spezifikationen des Gebotes loyaler Rechtshandhabung sind hinsichtlich dieser Rechtsfrage wohl nicht mehr zu erreichen, ohne dass in Billigkeitsrechtsprechung abgewichen und somit der Anwendungsbereich des regelbildenden und spezifizierenden Grundsatzes von Treu und Glauben verlassen würde. Es gilt aber v.a. festzuhalten, dass das behandelte Urteil einen eigentlichen *Paradefall sachgemässer spezifizierender Konkretisierung* von Treu und Glauben zwecks rechtlicher Beurteilung nach dem objektivierten Massstab des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB darstellt.

127 Vgl. dazu oben S. 287, Ziff. 3.

128 Vgl. dazu S. 282/83, E. 4. c), des Urteils.

*b) Zu den verwendeten sprachlichen Mitteln der Spezifizierung
im behandelten Urteil im besonderen*

Auf die sprachlichen Mittel der Spezifizierung ist in allgemeiner Weise schon früher hingewiesen worden¹²⁹. Es werden nun zur Bestätigung und Verdeutlichung jener Hinweise einfach einige Wortgruppen des vorstehend analysierten Urteils, die der Spezifikation dienen, nochmals aufgezählt. Bezüglich der Fundstellen darf zusammenfassend darauf hingewiesen werden, dass sich die nachfolgend aneinandergereihten Ausdrucksmittel alle in denjenigen Auszügen des Urteils befinden, die vorstehend in ihrem Wortlaut wiedergegeben worden sind. Eindrückliche Formeln der Spezifizierung der Generalklausel von Treu und Glauben sind demnach etwa die folgenden Wendungen: „nach *Massgabe* des Vertrauensprinzips“; „in guten Treuen *annehmen durfte*“; „Gerichtsstandsklausel *in der Regel* eine geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmung“; „*Annahme* nur dann gerechtfertigt, wenn davon *ausgegangen* werden *kann*“; „*solchen* bewussten *Verzicht* auf den Wohnsitzrichter *in aller Regel* dann *annehmen*“; „unter diesen Umständen *kann* von einem erfahrenen und rechtskundigen Geschäftspartner *erwartet werden*“; „nicht in gleicher *Weise*“; „*Erfahrung*, dass ein *solcher Vertragspartner*“; „Damit der Gegenkontrahent *einer* geschäftlich unerfahrenen und rechtsunkundigen *Partei annehmen kann*, ..., *kann* deshalb ... *notwendig sein*“; „auf die Gerichtsstandsklausel *in besonderer Weise* hingewiesen ... wird“¹³⁰.

V. Anhang: Zur Durchgangsfunktion von Treu und Glauben

A. Die künstliche Durchgangsfunktion hinsichtlich bestehenden gesetzlichen Regelrechts

1. Sog. gesetzliche Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben

Gesetzliche Regeln, deren Aussage als Spezifizierung von Treu und Glauben aufgefasst werden kann, sind, entsprechend zu den sehr weit gespannten und sich aus der Vorgegebenheit des Prinzips ergebenden sachlichen Anwendungsbereichen der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB, sehr häufig anzutreffen¹³¹. Eine vollständige Aufzählung wäre wohl unmöglich; als Beispiele mindestens auch von Treu und

129 Vgl. dazu oben S. 269 ff., Ziff. II.

130 Sämtliche Hervorhebungen in den aufgezählten Wortgruppen, die als Hinweise auf spezifizierend-regelbildende Formulierungen zu verstehen sind, sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

131 In diesem Sinne auch Merz, N 48 und auch N 104 zu ZGB 2.

Glauben inspirierter Regeln wären etwa Art. 742 Abs. 1, Art. 736 Abs. 1 und 2 sowie Art. 737 Abs. 1, 2 und 3 ZGB zu nennen. Solche Gesetzesbestimmungen könnten als gesetzliche Konkretisierungen von Treu und Glauben bezeichnet werden.

Derlei Konstruktionen des Regelrechts der geschriebenen Rechtsordnung aus Prinzipien (oder auch aus allgemeinen Rechtsgedanken) vermögen vielleicht ab und zu zur Erklärung der Rechtsregeln beizutragen, bilden aber ansonsten m.E. Verabsolutierungen eines geistigen Arbeitsmechanismus¹³². Andererseits kann diese Betrachtung in einzelnen Fällen Vorteile mit sich bringen. Um das zu erläutern, sei nochmals an das Gebot der schonenden Rechtsausübung erinnert: Zwar hat diese Anweisung für das Handeln im geltenden schweizerischen Recht nur gerade für die beschränkten dinglichen Rechte in Art. 737 Abs. 2 ZGB eine regelhafte gesetzliche Fixierung erfahren und für diesen Bereich braucht sie gewiss nicht als sog. gesetzliche Konkretisierung von Treu und Glauben bezeichnet zu werden; ihr Grundgedanke entspricht aber demjenigen von Treu und Glauben, und dementsprechend nimmt Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. das in ihm enthaltene Prinzip eben eine Durchgangsfunktion wahr, will man das *civiliter uti* im geltenden Recht auch in anderen Bereichen zur Geltung bringen¹³³. Zudem erleichtert die allgemeine Rückführung des Gebotes der schonenden Rechtshandhabung auf Art. 2 Abs. 1 ZGB seine positivrechtliche Rechtfertigung für andere Rechtsbereiche erheblich¹³⁴.

Eine weitere, besonders wichtige Ursache dafür, dass m.E. nicht von gesetzlichen Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben gesprochen werden sollte, ist nun noch gesondert hervorzuheben.

2. Die Verselbständigung des Regelrechts und die sog. gesetzlichen Konkretisierungen von Treu und Glauben

Fertiges Regelrecht entwickelt immer ein eigenes geistiges Dasein; es wird zu objektiviertem, manchmal gar zu objektivem Geist¹³⁵. Bei allen Rechtsregeln, die als gesetzliche Konkretisierungen von Treu und Glauben bezeichnet werden, ist nun zu beachten, dass die Denkform der Anwendung des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB diejenige der Spezifizierung seiner Aussage auf die Besonderheiten des dem

132 Vgl. dazu allgemein oben S. 117, nach Anm. 52.

133 Es sei immerhin darauf hingewiesen, dass auch die Möglichkeit bestünde, das Gebot der Schonung in der Rechtshandhabung mittels einer sog. analogen Anwendung des Inhaltes von Art. 737 Abs. 2 ZGB in anderen Rechtsfragen zur Entfaltung zu bringen; vgl. im übrigen die Wiedergabe des Wortlautes von Art. 737 ZGB oben S. 275, Anm. 50.

134 Es ist aber zuzugeben, dass sich das Gebot der schonenden Rechtsausübung – abgesehen von der Abstützungsfunktion in der positivrechtlichen Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 ZGB – auch als selbständiges Rechtsprinzip verstehen liesse.

135 Vgl. dazu allgemein oben S. 70/1, Ziff. 1.

Fall zu entnehmenden Modelles hin ist. Die sog. gesetzlichen Konkretisierungen teilen aber demgegenüber die Verselbständigungstendenz des Regelrechts. Es ist daher keineswegs gewiss, dass sie nach einer gewissen zeitlichen Dauer noch eigentlichen Spezifikationen von Treu und Glauben entsprechen, sondern sie stellen auf Grund der geistigen Verselbständigung in der fertigen Regel und eines möglichen Hinzutretens weiterer Momente zu ihrem Tatbestand wegen eigenständige Gebilde dar, die nicht mehr als gesetzliche Konkretionen bezeichnet werden sollten, weil sie es, im Sinne eigentlicher Spezifikationen des Prinzips von Treu und Glauben, gar nicht mehr sind. Diese Verselbständigung kann durchaus so weit führen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben bei der Rechtsanwendung zusätzlich neben und zugleich mit derartigen sog. gesetzlichen Konkretionen in Form bestehenden Regelrechts als Mittel der rechtlichen Beurteilung benutzt wird. Spätestens in diesem Stadium der Entwicklung muss die Mangelhaftigkeit der Bezeichnung gesetzliche Konkretisierung erkannt werden, weil in den angedeuteten Fällen ja unmöglich zweimal dasselbe verwendet werden kann, sondern einerseits eine Rechtsregel der geltenden Rechtsordnung, die direkt anwendbar ist, und andererseits zusätzlich der – erneut konkretisierungsbedürftige – Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben zur Anwendung kommt.

Insofern ist es keine ausgesprochen glückliche Wortwahl, wenn die Wortgruppe Treu und Glauben selber in den Wortlaut neuen gesetzlichen Regelrechts Eingang findet, wie es etwa in Art. 1 UWG geschehen ist¹³⁶. Dadurch wird m.E. nur die Kontroverse geschürt, ob die Formel Treu und Glauben z.B. in Art. 1 UWG die gleiche Bedeutung habe wie in Art. 2 Abs. 1 ZGB¹³⁷. M.E. ist es auf Grund der Verselbständigung des gesetzten Regelrechts ohne weiteres denkbar, dass die Formel in Art. 1 UWG einen vom Prinzip von Art. 2 Abs. 1 ZGB abweichenden Sinn entwickelt. Nur nebenbei sei ergänzt, dass Treu und Glauben in der genannten Bestimmung des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb in der Verbindung mit weiteren Tatbestandsmomenten zu Rechtsfolgen gelangt, wie sie Art. 2 Abs. 1 ZGB für sich allein genommen nicht haben kann¹³⁸.

Ohne die Probleme im einzelnen weiter zu verfolgen, kann von einer theoretischen Warte aus gesagt werden, dass es durchaus denkbar ist, dass der Grundsatz von Treu und Glauben, wie allgemein neben gesetzlichem Regelrecht, so auch im

136 Art. 1 Abs. 1 UWG lautet unter dem Randtitel "Begriff des unlauteren Wettbewerbs" wie folgt: "Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen." Abs. 2 des gleichen Gesetzesartikels enthält dann eine längere Liste von Beispielen von Verstößen gegen Treu und Glauben.

137 Vgl. zu dieser Kontroverse etwa einerseits Merz, N 34 a.E. zu ZGB 2, und andererseits Niederhauser, S. 51 ff.; auf die gegenwärtigen Ausführungen zur Bedeutung der Formel von Treu und Glauben in Art. 1 UWG ist schon oben S. 278, nach Anm. 68, hingewiesen worden.

138 Vgl. dazu ausführlicher oben S. 237/38, lit. b.

Recht über den unlauteren Wettbewerb neben der gesetzlichen Fixierung der Formel Treu und Glauben im Gesetzeswortlaut mittels sachgemässer Spezifizierung zur rechtlichen Beurteilung eines anstehenden Falles beigezogen werden kann.

B. Die echte Durchgangsfunktion von Treu und Glauben

1. Allgemeines zur Häufigkeit der Durchgangsfunktion von Treu und Glauben für noch nicht positivierte Rechtsregeln

Der Grundsatz von Treu und Glauben hat sich nach eingehender Analyse als regelbildender und spezifizierender herausgestellt¹³⁹. Es entspricht bei diesen Eigenschaften der häufigsten Erscheinungsform der Durchgangsfunktion von Rechtsprinzipien, dass deren Konkretisierung selbst unmittelbar regelbildend ist¹⁴⁰. Auf einige auf Treu und Glauben basierende Beispiele solcher Regeln ist bereits hingewiesen worden¹⁴¹. Viele weitere sind denkbar und existieren tatsächlich¹⁴². Sie werden heute mehrheitlich nur noch deshalb mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben in Verbindung gebracht, weil ihnen auf diesem Wege ein Begründungszusammenhang mit dem positiven Recht gesichert ist, den sie für ihre praktische Anwendbarkeit benötigen¹⁴³. Im einen oder anderen Falle mag eine solche Regel auch noch im Übergangsstadium ihrer Ablösung vom Prinzip von Treu und Glauben stehen oder die Durchgangsfunktion steht unmittelbar vor ihrem Abschluss. Regeln, die im Durchgang durch das Prinzip von Treu und Glauben entstanden sind, sind der allen Bereichen des Rechts gegenüber bestehenden Vorgegebenheit des Grundsatzes wegen auch in der richterlichen Praxis häufig anzutreffen.

2. Die mögliche Verselbständigung auch dieser Rechtsregeln im besonderen

Was soeben über die Verselbständigung sog. gesetzlicher Konkretisierungen von Treu und Glauben ausgeführt worden ist¹⁴⁴, gilt auch für die weiteren spezifizierten Regeln, die in Anwendung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB entstanden sind. Keine solche Regel schliesst, nachdem sie einmal verselbständigt geistiges

139 Vgl. dazu rekapitulierend oben S. 267, lit. A., mit weiteren Hinweisen auf frühere Erörterungen.

140 Vgl. dazu oben S. 129/30, Ziff. 1.

141 Vgl. dazu oben S. 285 ff., lit. C.

142 Vgl. dazu oben S. 287, Ziff. 4.

143 In diesem Sinne schon oben S. 285, Ziff. 1.

144 Vgl. dazu oben S. 296 ff., Ziff. 2.

Dasein zu führen begonnen hat, weitere Spezifizierungen des Prinzips aus, dem sie selber entsprossen ist¹⁴⁵. Auch neben solche, in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Regeln in ihrer verselbständigten Existenz können weitere Spezifizierungen von Treu und Glauben neu hinzutreten¹⁴⁶.

VI. Resultate

Hauptergebnis der Betrachtungen zur Konkretisierungsform des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben ist die *Bestätigung der* schon früher gewonnenen Einsicht, dass die *Spezifikation* tatsächlich diejenige Form geistiger Tätigkeit des Denkens ist, die allein *als Konkretisierungsform* des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB anzusprechen ist. Dem Prinzip von Treu und Glauben ist die Spezifizierung als Denkform der Anwendung zugehörig.

Zur Durchgangsfunktion von Treu und Glauben lässt sich zusammenfassend sagen, sie entspreche – gemäss der Regelbildungseigenschaft und der Konkretisierungsform der Spezifikation – dem Normalfall unmittelbarer Regelbildung beim Konkretisierungsakt selbst. Auch in dieser Hinsicht stellt sich der Grundsatz von Treu und Glauben als ausgesprochen normales Rechtsprinzip heraus. Es ist im übrigen im Rahmen gesetzlicher Fixierungen der Formel von Treu und Glauben in Einzelregeln durchaus möglich, dass im Zusammenhang mit den weiteren Elementen des betreffenden Tatbestandes Rechtsfolgen vorhanden sind. Das widerspricht allerdings der grundlegenden Feststellung, dass das Prinzip von Treu und Glauben für sich allein genommen keine unmittelbaren Rechtsfolgen auszulösen vermag, nicht, sondern bestätigt diese Erkenntnis nur an weiteren Beispielen.

Generell ist noch festzuhalten, dass Treu und Glauben sehr häufig eine Durchgangsfunktion wahrnimmt, was sich als Ausfluss seiner, für eine überall in der Rechtsordnung anzutreffende Konstellation von Lebenserscheinungen geltenden Vorgegebenheit herausstellt. Im Verhältnis zu fertigen Regeln, die sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt haben, behält Art. 2 Abs. 1 ZGB für den Fall der praktischen Anwendung als Mittel zur Herstellung eines gesicherten Begründungszusammenhanges mit dem geltenden positiven Recht eine untergeordnete, aber nicht zu übergehende Bedeutung.

145 Vgl. dazu auch etwa die verschiedenen ineinanderfliessenden Spezifizierungen des Prinzips von Treu und Glauben – auch schon gefestigter Regeln, deren Durchgangsfunktion nahezu oder ganz abgeschlossen ist – im oben S. 291 ff., lit. C., ausführlich dargestellten Beispiel.

146 Das entspricht der Tatsache, dass ein Rechtsgrundsatz ganz allgemein immer neuer Konkretisierungen fähig ist, wo es nur die Umstände oder neue Rechtsentwicklungen verlangen; vgl. dazu oben S. 92, Ziff. 2.

Alle Regeln, die sich nach ihrem Durchgang durch die Generalklausel von Treu und Glauben verfestigen, nehmen auch an der geistigen Verselbständigungstendenz allen Regelrechts teil. Für sie alle gilt aus diesem Grunde auch, dass neben ihnen immer neue Spezifikationen von Treu und Glauben in die rechtliche Beurteilung einfließen können.

§ 21 DIE ANWENDBARKEIT VON TREU UND GLAUBEN

I. Vorbemerkungen

Aus einer Gesamtschau auf die bisherigen Erkenntnisse zu Art. 2 Abs. 1 ZGB sollen nun einige Bemerkungen zur Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben gemacht werden. Weil seine positivrechtliche Rechtfertigung für das Zivilrecht und für öffentlich-rechtliche Belange in Lehre und Rechtsprechung zum gesicherten Bestand gehört, kann dieser Begründungszusammenhang vorausgesetzt werden¹. Es ist daher im folgenden ausschliesslich von der Anwendbarkeit als solcher die Rede. Dabei werden zunächst einige Worte zur bloss indirekten Anwendbarkeit gesagt werden², woran sich die Untersuchung zur Unselbständigkeit der Anwendung des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB anschliessen wird³.

II. Die bloss indirekte Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben

A. Im allgemeinen

Treu und Glauben ist – wie alle Rechtsprinzipien – begriffsnotwendig und vorab im Gegensatz zu den Rechtssätzen nur indirekt anwendbar. Das wurde einlässlich begründet und sei hier nur der Vollständigkeit halber wiederholt⁴. Von besonderem Interesse ist daher nur noch eine Folgerung, die an sich eine Selbstverständlichkeit ausspricht, aber dennoch immer wieder für alle Rechtsgrundsätze der Hervorhebung wert ist. Sie sei für den Grundsatz von Treu und Glauben nun noch besonders betont.

1 Vgl. zur gesicherten positivrechtlichen Rechtfertigung des Prinzips von Treu und Glauben oben S. 245 ff., Ziff. IV., bes. S. 247 ff., lit. D.

2 Vgl. dazu sogleich S. 301/02, Ziff. II.

3 Vgl. dazu unten S. 303 ff., Ziff. III.

4 Vgl. dazu allgemein den Begriff des Rechtsprinzips oben S. 25, lit. E.; sodann die Qualifikation von Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz oben S. 175 ff., Ziff. II., bes. S. 183/84, lit. D.; ferner zur steten Indirektheit der Anwendbarkeit von Prinzipien allgemein auch noch oben S. 91, Ziff. 1.

B. Folgerung: Alles präzisere Recht geht vor

Diese Kurzformel steht, aus einer anderen Sicht, für die Folgen der indirekten Anwendbarkeit von Treu und Glauben. An sich ist es nämlich nur natürlich, dass die direkt anwendbaren Rechtssätze den indirekt anwendbaren Prinzipien bei der praktischen Rechtsanwendung vorgehen. Dafür sind sie ja direkt anwendbar. Das ruft zugleich in Erinnerung, dass die Verwendung von Prinzipien – auch desjenigen von Treu und Glauben – im Grunde genommen immer einen ausgesprochenen Ausnahmefall darstellt. Entgegen anders scheinendem Eindruck, der von der oftmaligen Benutzung des Prinzips in der Praxis herrühren könnte, ist auch die Verwendung von Treu und Glauben bei der Rechtsanwendung ein eher seltener Fall, obschon das Prinzip andererseits sicherlich eines der am häufigsten benutzten, wenn nicht gar das meistverwendete in der Rechtsanwendung ist. Gerade deshalb und der eindringlichen Formulierung des Gebotes in Art. 2 Abs. 1 ZGB wegen ist es nötig, nicht dem (Irr-)Glauben zu verfallen, Treu und Glauben sei in der Rechtsanwendung als Mädchen für alles verwendbar⁵. Insofern ist einer in anderem Zusammenhang, auf den hier nicht weiter eingetreten wird, ergangenen Anmerkung des früheren Oberrichters H. Wächter beizustimmen, dass immer präzisere Argumentationen vorzuziehen sind⁶,

“statt einfach mit dem beliebten Begriff der Verletzung von ‘Treu und Glauben’ zu operieren, der überall herhalten muss, wo man nichts Besseres zu sagen weiss”.

Diese Mahnung kann m.E. beinahe nicht ernst genug genommen werden; in ihrem Sinne ist auch die in der Überschrift enthaltene verkürzende Formel zu verstehen. *Wo präziseres Regelrecht als das Prinzip von Treu und Glauben mit direkter Anwendbarkeit vorhanden ist, muss zunächst es mit all seinen Möglichkeiten ausgeschöpft werden.* Dementsprechend geringer wird die praktische Bedeutung von Treu und Glauben, wie jedes anderen Rechtsgrundsatzes, je detaillierter eine Materie vom Gesetzgeber geregelt worden ist. Nur so – es sei nebenher vermerkt – kann bei der Arbeit mit Rechtsprinzipien der aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässliche Primat des Gesetzgebers gewahrt bleiben⁷ und der “Warnung vor dogmatisch nicht abgestützten reinen Billigkeitsentscheiden”⁸ der gebührende Respekt entgegengebracht werden. In diesem Sinne ist der Grundsatz von Treu und Glauben im Verhältnis zum bestehenden Regelrecht als subsidiär aufzufassen⁹.

5 Vgl. in diesem Sinne schon allgemein oben S. 92, Ziff. 1. a.E.

6 Vgl. das nachfolgende Zitat in BlZR 11 (1912), die Anmerkung nach und zu Nr. 172, S. 298.

7 Vgl. zum Rechtsetzungsprimat des Gesetzgebers schon, wenn auch in anderem Zusammenhang, oben S. 81, vor und in Anm. 147.

8 Vgl. Merz, N 37 zu ZGB 2.

9 In diesem Sinne auch deutlich Merz, N 49 und 104 zu ZGB 2.

III. Die unselbständige Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben

A. Die unselbständige Bedeutung als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit

1. Im allgemeinen

Für Auslegung und Lückenfüllung von Vertrags- wie von Gesetzesbestimmungen vermag die ethische Generalklausel von Treu und Glauben einen erheblichen Beitrag zu leisten, ja in dieser Verwendung als Massstab rechtlicher Beurteilung liegt das eigentliche Schwergewicht des Grundsatzes¹⁰. Das entspricht wiederum einer allgemeingültigen Erkenntnis zu den Rechtsprinzipien¹¹. In methodisch korrekter Gesetzes- und Vertragsauslegung und in entsprechender Konsequenz bei der Lückenfüllungsarbeit hat der Grundsatz von Treu und Glauben seinen zentralen Anwendungsbereich; dabei ist seine Funktion die eines Hilfsmittels der genannten Rechtsfindungstätigkeiten.

2. Hinsichtlich der ethischen Aussage im besonderen

Auch ethische Prinzipien in Gebotsform können als Hilfsmittel von Auslegung und Lückenfüllung dienstbar gemacht werden¹², obgleich sie ihrer Gebotsform wegen rechtlich nicht eigentlich vollkommen durchsetzbar sind¹³. Das bestätigt gerade die ethische Generalklausel von Treu und Glauben in ihrer überragenden Bedeutung als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit¹⁴.

Bezüglich der Anwendung der ethischen Aussage von Art. 2 Abs. 1 ZGB sei abschliessend noch hervorgehoben, dass deren objektivierte Massstabfunktion unter anderem auch zur Folge hat, dass nur die Übereinstimmung mit jeweiligen Gattungs- oder Artmodellen resp. mit Durchschnittsfällen tatsächlich nachgeprüft

10 Vgl. dazu oben S. 269 ff., lit. A.

11 Vgl. dazu oben S. 88/9, Ziff. IV., sowie vor allem S. 92, Ziff. 1.

12 Vgl. dazu schon den Hinweis oben S. 69, vor Anm. 94.

13 Vgl. dazu allgemein oben S. 68/9, Ziff. 2.

14 Der Beispiele für diese Verwendungsart von Treu und Glauben sind in der Rechtsprechung ausserordentlich viele. Vgl. ausser den verschiedensten Urteilen, die im bisherigen Verlauf dieser Arbeit schon genannt worden sind, auch noch etwa die folgenden Entscheidungen im Sinne einer kleinen, sehr beschränkten Auswahl: BGE 61 I 74 ff., E. 3. und 4.; 72 IV 65/6, E. 1.; 78 III 101; 82 II 450 ff., E. 2. und 3.; 86 IV 205/06; 93 I 231/32, E. 2. a); 93 I 511/12, E. 3.; BIZR 7 (1908) Nr. 83, 21 (1922) Nr. 61, 24 (1925) Nr. 76, sowie 59 (1960) Nr. 124; ferner darf generell auf die unzähligen Beispiele der Verwendung von Treu und Glauben in der Funktion als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit in der Kommentierung von H. Merz verwiesen werden.

wird; d.h. mit anderen Worten, dass ein Treu und Glauben gemässes Verhalten eben sehr wohl mehr oder auch nur weniger dem Massstab entsprechen kann und dass es nicht um eine absolute Entsprechung zur ethischen Grundaussage des Prinzips gehen kann, wenn es als Massstab der rechtlichen Beurteilung gebraucht wird. Darin liegt übrigens wieder ein Berührungspunkt mit der konventionalisierenden Wirkung, der die Anforderungen des Ethos unterworfen sind, sobald sie ins Recht integriert werden¹⁵.

B. Keine selbständige Justiziabilität des Grundsatzes von Treu und Glauben

1. Kein vollständiger eigener Tatbestand

Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, enthält, für sich allein betrachtet, keinen vollständigen Tatbestand, an den eventuelle Rechtsfolgen angeknüpft werden könnten; es benötigt vielmehr das Hinzutreten weiterer Rechtsnormen, damit sich ein zu beurteilender Tatbestand ergeben kann. Genauer ausgedrückt heisst das, dass der *Grundsatz* von Art. 2 Abs. 1 ZGB *zu anderen Rechtsnormen*, die meist schon einen Tatbestand nennen, *erläuternd hinzutritt*. Aus diesen Gründen kann schon gesagt werden, die Konkretisierungen des Prinzips von Treu und Glauben könnten für sich allein niemals schon anwendbar sein und die Anrufung des Prinzips gebe niemals einen selbständigen Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels ab. Gerade diese beiden Eigenschaften, die soeben bezüglich des Prinzips von Treu und Glauben verneint worden sind, würden aber die Selbständigkeit der Justiziabilität erst ausmachen¹⁶.

2. Keine eigenen unmittelbaren Rechtsfolgen

Aus der Tatsache, dass der Grundsatz von Treu und Glauben eine *lex imperfecta* ist, also keinerlei eigene Rechtsfolgen unmittelbar und ohne Beizug weiterer Bestimmungen auszulösen vermag¹⁷, kann nur die Bestätigung für die Einsicht gewonnen

15 Vgl. zu dieser Konventionalisierungstendenz allgemein oben S. 67/8, Ziff. 1.; hinsichtlich Treu und Glauben im besonderen auch den Hinweis oben S. 240, vor und in Anm. 202.

16 Vgl. dazu allgemein oben S. 89 ff., Ziff. V., bes. S. 90/1, lit. B.

17 Vgl. dazu oben S. 237/38, lit. b; in diesem Sinne übrigens wohl auch Egli, S. 405, unter Bezugnahme auf BGE 100 V 161: "Selbst dann, wenn die von der Praxis entwickelten Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben wären, müsste ein lediglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegründeter Rentenanspruch verneint werden."

werden, die sich schon aus dem Mangel an eigenem Tatbestand ergeben hat: nämlich, dass dem Prinzip von Art. 2 Abs. 1 ZGB die selbständige Justiziabilität abgesprochen werden muss. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass in neuen gesetzlichen Regeln, die unter anderem auch die Formel von Treu und Glauben benutzen, im Zusammenhang mit deren weiteren Tatbestandsmomenten Rechtsfolgen eintreten können; diese sind freilich wiederum keinesfalls eigene und unmittelbare des Prinzips von Treu und Glauben¹⁸.

Für die Darstellung jener Bestimmung, die dem Grundsatz von Treu und Glauben in erster Linie zu Rechtsfolgen zu verhelfen fähig ist, darf auf die Ausführungen zum Rechtsmissbrauchsverbot verwiesen werden¹⁹.

3. Folgerung: Keine selbständige Justiziabilität

Es entspricht der Hauptfunktion des Grundsatzes von Treu und Glauben, die darin besteht, Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit zu sein, dass *Art. 2 Abs. 1 ZGB keine selbständige Justiziabilität* aufweist. Der Grundsatz der berechtigten Verlässlichkeit wird vor den Gerichten nur ergänzend zu anderen Rechtsnormen angerufen und gibt keinen selbständigen Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels ab. Indem er niemals selbständig justiziabel ist, stellt er sich wieder als Normalfall, auch bezüglich der Anwendbarkeit, eines Rechtsgrundsatzes heraus²⁰. Das immer nur indirekt anwendbare Prinzip von Treu und Glauben ist auch immer nur unselbständig anwendbar und entspricht daher vollständig dem Normalfall der Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen²¹.

Diese fehlende Selbständigkeit der Anwendbarkeit bedeutet hingegen nicht, dass Treu und Glauben nicht generell auf Grund der prozessrechtlichen Maxime „*iura novit curia*“ von Amtes wegen anzuwenden ist²².

18 Vgl. dazu auch oben S. 297, zwischen Anm. 137 und 138.

19 In diesem Sinne schon mit Erklärung der Gründe dieser Verweisung oben S. 238, nach Anm. 191; vgl. zur Darstellung im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot unten S. 347/48, lit. A.

20 Vgl. dazu oben S. 93, Ziff. 2.

21 Vgl. dazu oben S. 93, lit. C.

22 Vgl. zur Anwendbarkeit von Amtes wegen nach Massgabe der Maxime der richterlichen Rechtsanwendung auch Merz, N 99 zu ZGB 2.

IV. Resultate

Die Generalklausel von Treu und Glauben darf nicht als Mädchen für alles verstanden, geschweige denn verwendet werden. Präziseres geformtes Recht geht ihr – wie jedem Rechtsprinzip – in der Rechtsanwendung vor.

Der überragende Anwendungsbereich des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB liegt in seiner Funktion als Hilfsmittel der gesamten Rechtsfindungstätigkeit, sei es der Auslegung oder der Lückenfüllung, sei es hinsichtlich von Vertragsklauseln oder von Gesetzesbestimmungen oder gar von ganzen Regelungskomplexen.

Da es dem Prinzip von Art. 2 Abs. 1 ZGB sowohl an einem eigenen vollständigen Tatbestand als auch an unmittelbaren eigenen Rechtsfolgen mangelt, ist es nicht nur indirekt – wie jeder Rechtsgrundsatz –, sondern auch nur unselbständig anwendbar. Das heisst mit anderen Worten, dass es nur indirekt, über den Umweg seiner Konkretionen, und nur unselbständig, als Ergänzung zu weiteren Rechtsnormen, anwendbar ist. Der Grundsatz von Treu und Glauben entspricht in diesen Eigenschaften dem *Normalfall der Anwendbarkeit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen*.

Auf Grund der Prozessmaxime der richterlichen Rechtsanwendung ist der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben von Amtes wegen anzuwenden.

Für die Darstellung des eigentlichen Berührungspunktes zwischen den Prinzipien von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchs, der sich aus der Sicht des erstgenannten im Verhältnis zum zweiten als Rechtsfolgeverschaffung erweist, wird auf die diesbezüglichen Erörterungen bei der Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbotes verwiesen.

**TABELLARISCHER ÜBERBLICK ZUM PRINZIP
VON TREU UND GLAUBEN UND SEINER ZUGEHÖRIGEN
KONKRETISIERUNGSFORM DER SPEZIFIZIERUNG**

I. Vorbemerkungen

1. Die Abläufe der Spezifizierung des Prinzips der berechtigten Verlässlichkeit¹ sollen in einer tabellarischen Übersicht in schematischer Form dargestellt werden².
2. Vorweg ist zu beachten, dass ein solches Schema aus doppeltem Anlass unvollständig sein *muss*: Zum einen erscheint es beinahe unmöglich, die unermessliche Vielfalt von Spezifizierungen des Prinzips von Treu und Glauben, die schon bestehen, in einem auf zwei Seiten beschränkten schematischen Überblick zusammenzufassen; zum andern kann eine solche Darstellung vollständig gar nie sein, weil das Entstehen neuer Konkretionen immer offenbleibt, was mit zum Charakter von Rechtsprinzipien gehört³.
3. Aus den soeben genannten Gründen für die Unvollständigkeit der schematischen Darstellung werden in der Übersicht selber nur Beispiele angeführt; es wird mit anderen Worten kein Anspruch erhoben, ein umfassendes Schema vorzustellen.
4. Schemata sind vereinfachend. Sie sollen helfen, einen Überblick zu erhalten. Manche Gruppierungen lassen sich nicht immer so klar auseinanderhalten, wie das Schema den Eindruck erwecken mag. All das ist auch bei der Betrachtung des nachfolgenden tabellarischen Überblicks in Rechnung zu stellen.
5. Besonderes Schwergewicht ist bei der Erstellung des Schemas darauf gelegt worden, das jeweiligen spezifizierende Moment und die Regelbildungseigenschaft sowie das Ende der Durchgangsfunktion zu kennzeichnen.
6. Das nachfolgende Schema fasst in kürzester Form einige wichtige Ergebnisse des 4. Kapitels des besonderen Teils der vorliegenden Arbeit zusammen.

1 Vgl. zu dieser formelhaften Begriffsbestimmung von Treu und Glauben oben S. 257 ff., Ziff. III., bes. S. 263, lit. C.

2 Vgl. zum ausführlichen Nachweis der Spezifizierung als der Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben anhand von Belegen oben S. 267 ff., § 20.

3 Selbstverständlich ist auch der umgekehrte Fall des Absterbens von Konkretisierungen denkbar, sei es infolge fehlenden Bedürfnisses weiterer Verwendung in den tatsächlichen Lebensvorgängen, sei es infolge beendeter Durchgangsfunktion mit anschließender Vselbständigung des so entstandenen Regelrechts.

II. Schema des Prinzips von Treu und Glauben und seiner Konkretisierungsform der Spezifizierung

Spezifizierte Leitsätze (Spezifizieren- des Moment = Spez. Mom.)	Grundsatz von <i>Treu und Glauben</i> (= Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit) (Konkretisierungsform: regel- bildende Spezifizierung)	Vertrauensprinzip (Verständnis rechts- geschäftlicher Wil- lenserklärungen, das redlicherweise angenommen werden darf und muss)	Gebot der schonenden Rechtsausübung (Redlicherweise zumut- bare Schonung bei vor- handenem Spielraum der Rechtshandhabung)
Spezifizierte Unterleitsätze (Spez. Mom.)		Gleichbehandlung der Aktionäre (Loyale Behandlung unabhängig von der Anzahl der Kapitalanteile der verschiedenen Aktionäre)	Treu und Glauben im Verkehr (Rücksichtnahme auf die besonderen Verhältnisse des üblichen Umganges im Rechtsverkehr)
Weitergehende Spezifizierungen		Bestimmung des Grund- lagenirrtums bei Ver- kehrsgeschäften	Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im besonderen Treu und Glauben im Behördenverkehr im besonderen

(Spez. Mom.)

("... nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet ..."; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Zwei weitere Spezifizierungen

Bestimmung des Grundlagenirrtums bei Nicht-Verkehrsgeschäften

(Spez. Mom.)

(Treu und Glauben unter besonderen Umständen als denen des Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Geschäfts; z.B. Erbverträge oder vertragliche Verpflichtungen zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen)

(Loyale Verkehrsauffassung und Verkehrssitte des Geschäftskreises)

Annahme eines stillschweigenden Verzichts

(Lang dauerndes Schweigen als besonderer Umstand)

(Gewissenhaftes und vertrauenswürdiges Verhalten der mächtigeren Verwaltungsbehörde im besonderen)

Bildung fester Regeln als Konkretisierungsergebnis

"Unklarheiten eines Textes rechtsgeschäftlicher Art müssen zuungunsten ihres Verfassers verstanden und dementsprechend beurteilt werden."

"Stehen sich die sprachlichen Bedeutungen des allgemeinen Sprachgebrauches und eines Fachkreises von Spezialisten gegenüber, so geht der Alltagsgebrauch vor."

"Wer in rechtsgeschäftlichen Beziehungen einen Irrtum eines anderen Beteiligten erkennt, ist normalerweise zur Aufklärung verpflichtet."

Ende der Durchgangsfunktion des Prinzips von Art. 2 Abs. 1 ZGB

III. Schlussbemerkungen

Das vorstehende Schema zum Grundsatz von Treu und Glauben und seiner Konkretisierungsform kann zur überblickartigen Zusammenfassung der Unterschiede demjenigen zum Rechtsmissbrauchsprinzip und dessen Konkretisierungsform gegenübergestellt werden⁴.

Damit ist das Ende der Ausführungen zum Prinzipiengehalt und der zugehörigen Konkretisierungsform von Art. 2 Abs. 1 ZGB erreicht. Nach diesen Erörterungen zum Prinzip von Treu und Glauben kann nunmehr zur Betrachtung des in Art. 2 Abs. 2 ZGB niedergeschriebenen Rechtsmissbrauchsverbotes und der ihm zugehörigen Konkretisierungsform übergegangen werden⁵.

Für eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse auch des jetzt beendeten 2. Abschnittes wird auf die Bilanz der wichtigsten Ergebnisse des ganzen besonderen Teils am Ende dieser Arbeit verwiesen⁶.

4 Vgl. das Schema des Rechtsmissbrauchsprinzips und seiner Konkretisierungsform unten S. 404/05, Ziff. II.

5 Vgl. dazu unten S. 311 ff., 3. Abschnitt.

6 Vgl. dazu unten S. 407 ff., 4. Abschnitt.

3. Abschnitt

Der Gehalt des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes
und die zugehörige Konkretisierungsform

5. KAPITEL

DER PRINZIPIENGEGHALT VON ART. 2 ABS. 2 ZGB

§ 23

ANALYSE DER PRINZIPIELLEN AUSSAGE DES RECHTSMISSBRAUCHSVERBOTES

I. Vorbemerkungen

Nicht nur das Gebot von Treu und Glauben, sondern auch das Rechtsmissbrauchsverbot stellt, im Sinne des hier vertretenen Begriffes vom allgemeinen Rechtsgrundsatz, ein vollkommen eigenständiges Prinzip des Rechts dar¹. Daher müssen nun auch an diesen Grundsatz die verschiedenen Raster zur Ermittlung von Arten von Prinzipien, die im allgemeinen Teil entwickelt worden sind, herangetragen werden². Auch die allgemeinen Erörterungen zum Verhältnis von Rechtsprinzipien und Rechtsordnung³ müssen für die Analyse des Rechtsmissbrauchsverbotes fruchtbar gemacht werden⁴. Nach einigen Bemerkungen zum gegenseitigen Verhältnis von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot⁵ sollen zuletzt die Ausführungen zur positivrechtlichen Rechtfertigung, ihrer Bedeutung und ihrem Ausmass hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes angefügt werden⁶.

Ausgangspunkt all dieser Gedanken zu Art. 2 Abs. 2 ZGB kann nicht – wie es angesichts der jahrtausendealten Konstanz des Grundgedankens von Treu und Glauben bei jenem Grundsatz möglich gewesen ist – das Verständnis des Rechtsmissbrauchsverbotes als eines Schikaneverbotes früherer Zeiten sein⁷, sondern es ist an das in neuester Zeit entstandene, umfassende Rechtsmissbrauchsverbot in seiner Berichtigungsfunktion anzuknüpfen⁸. Ziel der folgenden Ausführungen ist eine

1 Vgl. zur Grundsatzqualität des Rechtsmissbrauchsverbotes oben S. 184 ff., Ziff. III., bes. S. 197, lit. D.

2 Vgl. dazu allgemein oben S. 27 ff., § 2; sodann hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes sogleich unten S. 314 ff., Ziff. II.

3 Vgl. dazu allgemein oben S. 49 ff., § 3.

4 Vgl. dazu unten S. 325 ff., Ziff. III.

5 Vgl. dazu unten S. 343 ff., Ziff. 4., sowie dann vor allem die Ausführungen unten S. 347 ff., Ziff. IV.

6 Vgl. dazu allgemein oben S. 84 ff., § 4; sodann hinsichtlich des Rechtsmissbrauchsverbotes unten S. 350 ff., Ziff. V.

7 Vgl. dazu oben S. 160 ff., § 14, bes. S. 167, Ziff. IV., sowie S. 168, Ziff. V.

8 Vgl. dazu oben S. 185, Ziff. 2., sowie S. 191, lit. b.

Betrachtung des Prinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch von möglichst verschiedenen Warten aus, um anschliessend zu einer definitiven Inhaltsbestimmung des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorzudringen⁹.

II. Das Rechtsmissbrauchsverbot und die behandelten Einteilungsraster für Rechtsprinzipien

A. Das Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch

1. Das Rechtsmissbrauchsverbot als Prinzip des gesamten Privatrechts

Im Zentrum dieser ersten Fragestellung gegenüber dem Rechtsmissbrauchsprinzip steht die Suche nach jenen Sachbereichen, denen das Prinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB auf Grund der Lebensverhältnisse, an welche angelehnt es entwickelt worden ist, zuzuordnen ist¹⁰. Die Vorstellung vom Rechtsmissbrauch ist eine solche des Privatrechts, weil sie auf Rechtsverhältnisse unter einzelnen und nicht etwa auf deren Beziehungen zu Organen der Staatsgewalt zugeschnitten ist; denn die Vorstellung persönlicher Rechtshandhabung "nur in dem Sinne der Überschreitung"¹¹ ist anfänglich eine durchwegs zivilrechtliche.

Schon auf Grund der Formulierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB ist das Prinzip ein solches des gesamten Bundeszivilrechts¹². Da sich aber, im Rahmen des jetzt untersuchten Einteilungsrasters, eine Beschränkung auf das eidgenössische Privatrecht als formalistische und der Betrachtung nach rechtstechnischen Stufen verhaftete Unterscheidung erwiese, darf das *Prinzip vom verbotenen Missbrauch eines Rechts*, in Anbetracht der Rechtsverhältnisse, für die es vorrangig geschaffen worden ist, als ein solches *des gesamten Privatrechts* der Schweiz angesehen werden¹³.

9 Vgl. dazu unten S. 355 ff., § 24.

10 Vgl. zu diesem Einteilungskriterium allgemein oben S. 29, Ziff. 1., sowie S. 30, Ziff. 1.

11 Vgl. Merz, N 21 zu ZGB 2.

12 Dafür gelten die gleichen Argumente, die schon hinsichtlich Art. 2 Abs. 1 ZGB vorgebracht worden sind; vgl. dazu oben S. 210/11, Ziff. 2.

13 Auch hier gelten die gleichen Argumente, die im Zusammenhang der Untersuchung des Grundsatzes von Treu und Glauben und seiner Formulierung in Art. 2 Abs. 1 ZGB ins Feld geführt worden sind; vgl. daher dazu auch die dortigen Ausführungen oben S. 211/12, Ziff. 3.

2. Zur Frage einer generellen Übertragung des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht

a) Nachwirkungen fälschlicher inhaltlicher Gleichsetzung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB?

Es ist in anderem Zusammenhang ausführlich darauf eingegangen worden, dass sich ein langlebiges Missverständnis bezüglich Art. 2 ZGB des Inhalts, dass das Rechtsmissbrauchsverbot als negative Formulierung des Gebotes von Treu und Glauben verstanden wurde, erst seit der Klärung durch *H. Merz* aus der Betrachtung der Bestimmungen von Art. 2 ZGB hat verdrängen lassen¹⁴. Diese Gleichsetzung der beiden, so verschiedenen Vorstellungen findet m.E. in öffentlich-rechtlicher Literatur der heutigen Tage noch gewisse Niederschläge, wenn etwa das Verbot des Rechtsmissbrauchs als einer der "beiden wichtigsten Aspekte des Grundsatzes von Treu und Glauben"¹⁵ bezeichnet wird, wenn vom "Anwendungsgebiet des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne des Rechtsmissbrauchsverbots"¹⁶ die Rede ist oder wenn davon gesprochen wird, "als Verbot des Rechtsmissbrauchs" stehe "der Grundsatz von Treu und Glauben"¹⁷ in einem bestimmten Verhältnis zum Gesetzmässigkeitsprinzip. Hier scheinen späte Nachwirkungen der inhaltlichen Gleichsetzung der beiden Grundsätze des Art. 2 ZGB im Spiele zu sein¹⁸. Derlei Gleichsetzung von Rechtsmissbrauchsverbot und Gebot von Treu und Glauben muss aber, wo immer sie auftritt, abgelehnt werden; ja es kann m.E. gar nicht genug Gewicht darauf gelegt werden, die beiden Vorstellungen auseinanderzuhalten¹⁹.

b) Vorbehalte gegenüber einer generellen Ausdehnung des Prinzips ins öffentliche Recht

Der Entscheid über die Ausdehnung ins öffentliche Recht müsste m.E. auf der Basis einer strikten Unterscheidung von Treu und Glauben, Gutglaubensschutz und Rechtsmissbrauchsverbot gefällt werden. Genau diese Ausgangsbasis ist aber m.E. im öffentlichen Recht noch gar nicht erreicht; sie soll auch im vorliegenden Zu-

14 Vgl. dazu oben S. 188, lit. b; S. 189 ff., Ziff. 4.; S. 192/93, lit. b; ferner auch noch S. 204/05, lit. A.

15 Vgl. Sameli, S. 314.

16 Vgl. Sameli, S. 320.

17 Vgl. Sameli, S. 316.

18 Vgl. auch noch etwa die m.E. irreführende Formel bei Egli, S. 406: "Verletzt der Bürger Treu und Glauben, so spricht man auch im öffentlichen Recht von Rechtsmissbrauch."

19 Hinzu tritt ja noch die zusätzliche Schwierigkeit des Verständnisses dessen, was als Vertrauensschutz aufzufassen ist; vgl. dazu oben S. 258 ff., Ziff. 2.

sammenhang nicht in extenso zu erarbeiten versucht werden. Immerhin seien einige Gedanken zur Ausdehnungsfrage erlaubt.

Vorrangig ist wohl daran zu erinnern, dass die Anerkennung bedeutend weiterherzigerer Auslegungsmethoden²⁰ nicht nur einen eigenen Begriff der Gesetzesumgehung – und sie bildet eine jener Konstellationen, wo im öffentlichen Recht von missbräuchlichem Vorgehen gesprochen wird²¹ – überflüssig macht und dieses Problem als reine Rechtsanwendungsfrage unter Verwendung der allgemein üblichen Auslegungsregeln erscheinen lässt²², sondern dass der Tatbestand der Gesetzesumgehung zudem – und dies gilt allgemein, also auch für das öffentliche Recht – unmöglich beim Rechtsmissbrauch eingeordnet werden kann, gerade weil es sich um eine auslegungsmässig zu bereinigende Konstellation handelt²³. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass nicht von Rechtsmissbrauch gesprochen werden kann, wo eine auslegungsmässig zu behandelnde und zu bereinigende Gesetzesumgehung zur Debatte steht. Es gilt zudem einen sprachlichen Unterschied genau zu beachten: *Wo von missbräuchlichem Verhalten die Rede ist, geht es noch lange nicht immer um Rechtsmissbrauch*. Das ist keine Haarspalterei, wird aber erst bei der Darlegung des Verhältnisses des Rechtsmissbrauchsprinzips zur regelhaften Rechtsordnung vollkommen durchschaubar²⁴. Immerhin kann gesagt werden, dass die Missbrauchsvorstellung des sprachlichen Alltagsgebrauchs nicht dasselbe bedeutet wie die Rechtseinrichtung des Rechtsmissbrauchs. Die Wahrscheinlichkeit, dass die meisten Fälle, in denen man geneigt sein möchte, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Bürgers in öffentlich-rechtlichen Belangen anzunehmen, als Gesetzesumgehungen zu qualifizieren sind, ist m.E. – insbesondere in den heute riesigen Bereichen der Leistungsverwaltung und des Steuerrechts²⁵ – sehr gross.

Wo auf der anderen Seite etwaiges missbräuchliches Verhalten von Staatsorganen gegenüber dem Bürger zu beurteilen ist, muss wiederum als erstes der Unterschied zwischen einer dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommenen Missbrauchsvorstellung schlechthin und der Rechtseinrichtung des Rechtsmissbrauchs Beachtung finden. Zum zweiten spielt der aus dem Gewaltentrennungsdogma zu verstehende Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung²⁶ im öffentlichen Recht eine ent-

20 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 74, lit. b.

21 Vgl. dazu etwa BGE 99 Ia 466 oder 99 Ib 375, E. 3.

22 Vgl. dazu eindrücklich Merz, N 89–91 zu ZGB 2, sowie allgemein auch N 41 daselbst.

23 Vgl. dazu eindringlich Merz, N 92–94 zu ZGB 2.

24 Vgl. dazu unten S. 325 ff., Ziff. III., sowie S. 361/62, lit. a.

25 Man denke nur etwa an die häufig zu beurteilenden Fälle von Steuerumgehungen oder etwa von Umgehungen gesetzlicher Vorschriften in den Bereichen des Sozialversicherungsrechts; vgl. zu letzterem allgemein und mit manchen Beispielen aus dem AHV-Recht den auch im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatz von Egli.

26 Vgl. zum Legalitätsprinzip ausführlich Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 226 ff.; ferner zum Vorrang der Gesetzgebung auch S. 15 ff. daselbst.

scheidende Rolle für die Rechtssicherheit²⁷, weil doch meist eine sehr grosse Zahl von Einzelpersonen von der Rechtsanwendung der staatlichen Behörden betroffen ist. In manchen Fällen, die auf den ersten Blick einer Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes zu rufen scheinen könnten, wird daher wohl in erster Linie die Bindung der verwaltenden Behörden an die Gesetzgebung und eine dementsprechende gerichtliche Willkürprüfung angebracht sein²⁸; denn mit der Willkürprüfung werden krasse Mängel und Fehler in der Rechtsanwendung staatlicher Organe durchaus erfasst.

Mit diesen Hinweisen eröffnet sich doch die Frage, inwieweit im *System* der gefestigten Rechtseinrichtungen *des öffentlichen Rechts* Platz ist für die Berichtigungsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes. Das müsste m.E. im Sinne der früher ausgesprochenen allgemeinen Mahnung zur Zurückhaltung bei der Ausdehnung über den angestammten rechtlich erheblichen Sachbereich hinaus²⁹ und der Erörterungen zum Systemgedanken³⁰ noch eingehend untersucht werden.

Im Sinne der hier vorgebrachten Vorbehalte gegenüber voreiliger und genereller Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbotes ins öffentliche Recht sind wohl auch die folgenden Worte von *H. Nef* zu verstehen³¹:

“Fragen kann man sich hingegen, ob man nicht in höherem Masse, als es vorerst den Anschein machen mag, ohne Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben oder auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs durch *Auslegung* öffentlichrechtlicher Bestimmungen das Ziel erreichen könnte. Frau Dr. *Sameli* hat überzeugend dargetan, wie es sich beispielsweise immer dann, wenn man, was heute häufig der Fall ist, von ‘Missbrauch’ der *politischen* Rechte spricht, im Grunde genommen um eine Frage der Auslegung der sie ordnenden Rechtssätze handelt. Das trifft auch in andern Zusammenhängen zu ... Denn Aufgabe aller Auslegung ist es ja, den *Sinn* einer Ordnung zu eruieren, so dass,

27 Vgl. allgemein zur Bedeutung der Rechtssicherheit als einem konstitutiven Element der Rechtsordnung auch oben S. 51, Ziff. 2.

28 Vgl. allgemein zur Willkürprüfung *Saladin*, *Fairness*, S. 53 ff.; ferner den folgenden Auszug aus BGE 97 I 24 zur Umschreibung willkürlichen Entscheides im öffentlichen Recht: “Das Bundesgericht könnte aber bloss eingreifen, wenn der angefochtene Entscheid eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzen würde, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten liesse oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderliefe.” Inwieweit das Rechtsmissbrauchsverbot eine weiter gehende Überprüfung ermöglichen sollte, ist m.E. nicht ersichtlich.

29 Vgl. dazu oben S. 31/2, Ziff. 2.

30 Vgl. dazu oben S. 98/9, lit. B.

31 Vgl. Diskussionsvotum *Nef*, in: ZSR 96 II, 1977, S. 455/56. Die Darlegungen von K. *Sameli*, auf die im Zitat hingewiesen wird, finden sich in dem auch in dieser Arbeit verwendeten Aufsatz der betreffenden Autorin, der im Literaturverzeichnis aufgeführt ist.

umgekehrt, immer dann, wenn vom Sinn eines Rechts gesprochen wird, eine Auslegung zugrunde liegt.”

“Im öffentlichen Recht herrscht die Meinung vor, dass unechte Gesetzeslücken von den rechtsanwendenden Behörden nicht ausgefüllt werden dürfen”³². Im Anschluss daran wird die Meinung vertreten, eine unechte Lücke im Gesetz dürfe aber ausnahmsweise dort ausgefüllt werden, “wo die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit ein solches Ausmass annimmt, dass ohne entsprechende Anpassung eine rechtliche Regelung ihren Zweck nicht erfüllen kann und auch dem Sachverhalt nicht gerecht wird”³³. Die Vermutung liegt m.E. nahe, dass auch in diesen Fällen eine Überprüfung auf Willkür zum gleichen Ergebnis zu führen vermöchte, wobei dann allerdings mit den systematisch eingelebten Mitteln des öffentlichen Rechts gearbeitet würde³⁴.

c) Argumente für vereinzelte Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht

Soweit es im öffentlichen Recht unechte Lücken gibt, die tatsächlich ausgefüllt werden dürfen³⁵, und sofern nicht die dem System des öffentlichen Rechts entsprechenden und daher geeigneteren Mittel Abhilfe schaffen können, steht m.E. einer *vereinzelten Übernahme* des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht nichts im Wege. Es gibt auch tatsächlich einzelne *Sachgruppen* von phänomenologisch zu ermittelnden Modellfällen, in denen solche Übernahme bereits geschieht. Das trifft *insbesondere* auf die Fallgruppe der *Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung* schon heute zu. Das belegen auch die folgenden Worte von *H. Merz*, in denen zugleich der Charakter einer Übernahme aus dem Privatrecht und die Beschränkung der Übernahme auf eine Sachgruppe anklingen³⁶:

“Der Verwirkung kommt zwar in bestimmten Rechtsgebieten besondere Bedeutung zu (im immateriellen Güterrecht, Wettbewerbsrecht, Arbeitsrecht, ferner im deutschen Aufwertungs-

32 Vgl. Sameli, S. 320/21, mit Hinweisen auf die Judikatur.

33 Vgl. Sameli, S. 321; verwirrend, dass im gleichen Zusammenhang dieses Vorgehen als ergänzender Eingriff der rechtsanwendenden Behörde bezeichnet wird, wo es doch bei einem allfälligen Rechtsmissbrauch um den berichtigenden Eingriff geht und die ergänzenden Eingriffe zum Bereich der Auslegung gehören, wofür übrigens im öffentlichen Recht in Anbetracht des Gesetzmässigkeitsprinzips wiederum teilweise abweichende Regeln gelten; vgl. zu letzterem ausführlich Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 206 ff.

34 Vgl. dazu auch die Hinweise oben S. 317, Anm. 28.

35 Zu dieser Frage soll nicht in absoluter Weise Stellung genommen werden. Es gibt immerhin Gruppen von Rechtsmissbrauchsfällen, deren Sachbereich auch im öffentlichen Recht anzutreffen ist; vgl. dazu sogleich im Kontext.

36 Vgl. Merz, N 520 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

recht), sie beansprucht aber darüber hinaus grundsätzlich allgemeine Geltung im ganzen Privatrecht und auch im öffentlichen Recht. Das zeigt sich schon am zahlenmässig beschränkten schweizerischen Fallmaterial und ist in Deutschland auf Grund eines viel reicheren und auch für die Schweiz verwertbaren Materials herrschende Meinung geworden.”

Besonders hervorzuheben ist die Tatsache, die im soeben angeführten Zitat indirekt ebenfalls angesprochen wird, dass das Rechtsmissbrauchsverbot im öffentlichen Recht bisher sehr geringe Verbreitung gefunden hat³⁷.

Der entscheidende Anknüpfungspunkt für eine Ausdehnung der Anwendbarkeit des Verbotes in das öffentliche Recht liegt m.E. in der *Sachgruppenbildung*³⁸ hinsichtlich der Fälle von Rechtsmissbräuchen; die genaue Ursache der Sachgruppenbildung wird erst anlässlich der Untersuchung des Verhältnisses des Rechtsmissbrauchsverbotes zur Rechtsordnung deutlich hervortreten³⁹.

d) Zusammenfassende Stellungnahme

Zuallererst müssen alle Fälle von Gesetzesumgehungen und von auf Grund der Willkürprüfung zu beurteilenden Problemlagen ausgeschieden werden. Der Systematik und den ihr adäquaten Mitteln des öffentlichen Rechts gebührt der unumstössliche Vorrang vor einer Anwendung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes im öffentlichen Recht^{40,41}. Verbleiben danach noch Fälle unechter Gesetzeslücken, denen anders nicht beizukommen ist, so kann man einer vereinzelt Übernahme

37 Vgl. als einige der wenigen Entscheidungen, in denen im öffentlichen Recht das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches geprüft oder die Frage zumindest gestreift worden ist, etwa die folgenden Urteile: BGE 94 I 126/27, wo von einer Volksinitiative gesagt wird, sie dürfe insbesondere nicht rechtsmissbräuchlich sein, wobei das Verbot zum einen offenbar als Untergruppe des Grundsatzes von Treu und Glauben aufgefasst worden ist und zum andern eine jener Problemlagen vorgelegen hat, in denen das Rechtsmissbrauchsverbot überflüssig ist und die im Sinne des oben S. 317/18, nach Anm. 31, wiedergegebenen Zitates zu lösen sind; 95 I 521, E. 6., wo es um die Frage der Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche ging und insofern eine innerhalb einer Sachgruppe gelegene Parallele mit dem Privatrecht gegeben war; 103 Ia 3, wo das Adjektiv rechtsmissbräuchlich nebenbei erwähnt ist; ferner auch noch etwa BGE 104 Ia 34.

38 Das ist nicht zu verwechseln mit Regelbildung!

39 Vgl. dazu unten S. 331/32, lit. c, mit weiteren Verweisungen; ferner S. 333, lit. c.

40 In diesem Sinne auch Sameli, S. 315: “Unterschiede ergeben sich erst auf der Ebene der Auslegung, aus der inhaltlichen Verschiedenheit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Befugnisse und der die beiden Gebiete beherrschenden Grundsätze”; im gleichen Sinne schon allgemein S. 293 daselbst.

41 Vgl. dazu auch noch Merz, N 80 zu ZGB 2, bes. a.E., zur fehlenden Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes im internationalen Privatrecht: “Ferner wird der Rechtsmissbrauch in nicht generell zu bestimmenden Fällen häufig über die kollisionsrechtliche Vorbehaltsklausel eine Sanktion finden.”

des Rechtsmissbrauchsprinzips in das öffentliche Recht zustimmen, einer Übernahme freilich, die sich an Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen anlehnt. Eine generelle Übernahme erscheint beim heutigen Stand der Dinge, der wesentlich von ungenügender Unterscheidung zwischen Treu und Glauben, Gutgläubensschutz und Rechtsmissbrauch geprägt zu sein scheint, verfrüht und wenig ratsam⁴². In diesem soeben zusammengefassten Sinne soll die Frage einer generellen Übertragung des Grundsatzes vom verbotenen Rechtsmissbrauch in das öffentliche Recht offengelassen und der zukünftigen Entwicklung überlassen werden.

B. Das Kriterium der Erkenntnisgrundlagen zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch

1. Das Rechtsmissbrauchsverbot als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip

a) Das Gesetz als Erkenntnisgrund für das Verbot

Als Erkenntnisgrundlage eines Rechtsprinzips genügt eine entsprechende gesetzliche Fixierung⁴³. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist in Art. 2 Abs. 2 ZGB *ausdrücklich* und in Prinzipienform *positiviert* worden⁴⁴. Das Gesetz gibt demnach einen genügenden Geltungsgrund des Grundsatzes ab. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist ein ausdrücklich positivierter Rechtsgrundsatz⁴⁵.

b) Das Rechtsmissbrauchsverbot als Generalklausel

Ausdrücklich in der geltenden Rechtsordnung niedergeschriebene Prinzipien sind Generalklauseln⁴⁶. Kraft seiner ausdrücklichen Positivierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB ist das *Rechtsmissbrauchsverbot* nicht nur ein in der geltenden Rechtsordnung ent-

42 Vgl. zu dieser mangelnden Unterscheidung etwa noch die folgende Formulierung bei Sameli, S. 314: "Dabei sollen nur die beiden wichtigsten Aspekte des Grundsatzes von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Vertrauensschutz, berücksichtigt werden"; die Hervorhebungen des Originals sind weggelassen worden.

43 Vgl. dazu allgemein oben S. 37, Ziff. 1.

44 In diesem Sinne sagt auch das Bundesgericht in BGE 83 II 349/50, dass "der Bundesgesetzgeber das ... Verbot des Rechtsmissbrauches ... zur ausdrücklichen allgemeinen Gesetzesnorm erhob".

45 Vgl. zu den ausdrücklich positivierten Prinzipien allgemein oben S. 37/8, Ziff. 2.

46 Vgl. zum Begriff der Generalklauseln oben S. 39, lit. b.

haltenes Prinzip, sondern auch eine *Generalklausel* des schweizerischen Rechts. Wenn also vom Rechtsmissbrauchsgrundsatz oder von der Generalklausel des (verbotenen) Rechtsmissbrauchs die Rede ist, ist allemal dasselbe, nämlich das umfassende Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB, gemeint. Die Begriffe sind ohne inhaltliche Veränderungen der Aussage frei austauschbar⁴⁷.

c) Das weitere Vorgehen

Obwohl die Positivierung des Rechtsmissbrauchsverbotes in Art. 2 Abs. 2 ZGB für den Erkenntnisakt des Prinzips vollkommen genügt⁴⁸, soll der Vollständigkeit halber auch die Frage nach der Vorgegebenheit des Grundsatzes aufgeworfen werden. Das hat nunmehr zu geschehen.

2. Indizien für die Vorgegebenheit der Generalklausel des Rechtsmissbrauchs in Lehre und Rechtsprechung

Das Bundesgericht bezeichnet im schon mehrfach angeführten Entscheid BGE 83 II 348 ff. den ganzen Art. 2 ZGB als "Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre"⁴⁹ und spricht von der "Anwendung der in ihm enthaltenen, der allgemeinen Rechtslehre angehörenden Norm als solcher"⁵⁰. Das darf als Hinweis auf die Vorgegebenheit auch des Rechtsmissbrauchsverbotes gewertet werden. Im gleichen Sinne darf es verstanden werden, wenn gesagt wird, alle Rechte gälten "nur unter dem Vorbehalt des Missbrauchs (Art. 2 ZGB; ...)"⁵¹. Wenn zudem etwa vom "allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 ZGB"⁵² die Rede ist, zielt das wohl in die gleiche Richtung.

Auch in der Lehre wird, unter Bezugnahme auf BGE 83 II 348 ff., der gesamte Art. 2 ZGB "der allgemeinen Rechtslehre"⁵³ zugeschrieben, und vom Rechtsmissbrauchsverbot im besonderen wird gesagt⁵⁴:

47 Vgl. dazu oben S. 39, nach Anm. 91.

48 Vgl. dazu oben S. 40, Ziff. 1., bes. S. 40, vor Anm. 94; ferner auch S. 88, Ziff. III.

49 Vgl. BGE 83 II 349.

50 Vgl. BGE 83 II 351.

51 Vgl. BGE 103 IV 164, E. 3. c); angesichts des Hinweises auf Art. 2 ZGB darf angenommen werden, dass der Rechtsmissbrauch und nicht irgendeine andere Vorstellung von Missbräuchlichkeit gemeint ist.

52 Vgl. BGE 95 II 511, E. 4.; daselbst auch noch die Formel: "Wie die Ausübung jeden Rechts ist auch die Erhebung einer Scheidungsklage nur innerhalb der Schranken des Rechtsmissbrauches im Sinne von Art. 2 ZGB möglich."

53 Vgl. Merz, N 64 zu ZGB 2; vgl. ferner etwa aus rechtsvergleichender Sicht Esser, S. 249: "Die Theorie des Rechtsmissbrauchs ist national so verschieden entwickelt, und doch ist die Praxis von so universaler Tendenz."

54 Vgl. Merz, N 65 zu ZGB 2.

“Weder einzelne Gebiete des Privatrechts noch das öffentliche Recht können schlechthin dieser Einwirkung entzogen werden.”

Dem kann in dieser allgemeinen Formulierung nur zugestimmt werden, lässt sie doch die Möglichkeit relativ seltenen Gebrauchs des Verbotes im öffentlichen Recht anklingen oder behauptet zumindest nichts Gegenteiliges⁵⁵. Als Indiz, das in die gleiche Kerbe zugunsten der Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbotes schlägt, darf es wohl auch aufgefasst werden, wenn festgestellt wird, dass im Verbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB “nur längst befolgte Rechtsübung ihren gesetzlichen Ausdruck”⁵⁶ finde.

3. Das Rechtsmissbrauchsverbot als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip

a) Das vorgegebene rechtstechnische Phänomen der Regelhaftigkeit des Rechts

Recht ist normalerweise Regelbildung⁵⁷. Weil die Regelhaftigkeit des Rechts sich nicht nur als Mittel des eigenständigen Ordnungszweckes herausstellt, sondern darüber hinaus unter Anlehnung an die aus der Wesenserkenntnis gewonnenen, sachimmanenten Eigengesetzlichkeiten und Strukturen der Natur der Sache zwingend zustande kommen muss, gehört sie zu den rechtstechnisch unweigerlich vorgegebenen Erscheinungen schlechthin⁵⁸. Das heisst mit anderen Worten ausgedrückt: Das Spannungsverhältnis zwischen allgemeiner Regel und einzelner Lebensereignis ist jedem Recht vorgegeben; es gehört “zu den unweigerlich vorgegebenen rechtstechnischen Phänomenen”⁵⁹ überhaupt.

b) Das Rechtsmissbrauchsverbot als Folge der vorgegebenen Regelhaftigkeit des Rechts

Eine der Folgen der Regelhaftigkeit des Rechts ist es, dass die *Möglichkeit der Regelberichtigung* bei der Rechtsanwendung als solche erst auftauchen kann. Nur diese eine Folge ist für die Frage der Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsprinzips von Bedeutung⁶⁰. “Der normberichtigende Eingriff in auslegungsmässig nicht zu

55 Vgl. zu den Bedenken gegenüber allgemeinsten Verwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes im öffentlichen Recht oben S. 315 ff., Ziff. 2., bes. zusammenfassend S. 319/20, lit. d.

56 Vgl. Egger, N 23 a.A. zu ZGB 2.

57 Vgl. dazu allgemein oben S. 49 ff., Ziff. II., sowie S. 53 ff., Ziff. III., bes. S. 56, Ziff. 2.

58 Vgl. dazu oben S. 62/3, lit. A., bes. S. 63, nach Anm. 61.

59 Vgl. Troller, S. 102.

60 Auf andere Folgen der Regelhaftigkeit, die das Rechtsmissbrauchsverbot ebenfalls betreffen und prägen, wird anlässlich der Betrachtung des Rechtsmissbrauchsverbotes in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung näher einzugehen sein; vgl. dazu unten S. 325 ff., Ziff. III.

bereinigende Tatbestände”⁶¹ ist daher *als rechtstechnische Einrichtung* ein jeder Rechtsordnung *vorgegebenes Mittel der Rechtsanwendung*, weil er dem vorgegebenen Phänomen der Regelhaftigkeit des Rechts und ihrem, dem vorgegebenen Spannungsverhältnis zwischen Rechtsregel und einzelner Lebensereignis entspringenden, möglichen Ungenügen im Einzelfalle nachgebildet ist. Die genaue Ursache der Notwendigkeit und der Aktualisierung der regelberichtigenden Funktion des Rechtsmissbrauchsverbotes wird erst bei der Untersuchung seines Verhältnisses zur Rechtsordnung offenkundig⁶²; der eigentliche Gegenstand des Rechtsmissbrauches wird aus diesen Gründen erst bei der abschliessenden Inhaltsbestimmung des Prinzips vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch zu umschreiben sein⁶³.

Wesentlich ist die Feststellung, dass die Figur des Rechtsmissbrauchs und seiner Untersagung in der Berichtigungsfunktion zufolge der vorgegebenen Regelhaftigkeit des Rechts als mögliches Mittel der Rechtsanwendung selber vorgegeben ist⁶⁴.

c) Folgerung: Vorgebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots

Die Regelhaftigkeit des Rechts macht es auslegungsbedürftig, um die Modelle von Lebenserscheinungen ermitteln zu können, die hinter den Rechtsregeln stehen⁶⁵. Damit ist auch die Möglichkeit gegeben, dass auslegungsmässig nicht zu bewältigende Situationen eintreten. Daher ist die Regelberichtigungsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes — unter welchem Namen auch immer — in ihrer Möglichkeit rechtstechnisch zwingendes Phänomen. Insofern kann man sagen, das *Rechtsmissbrauchsverbot* sei ein jeder Rechtsordnung *vorgegebenes Prinzip rechtstechnischer Art*.

Weitere, theoretisch denkbare Erkenntnisgrundlagen des Grundsatzes vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch können nach den bisherigen Abklärungen vernachlässigt werden⁶⁶.

61 Vgl. Merz, N 24 zu ZGB 2.

62 Vgl. dazu unten S. 325 ff., Ziff. III.

63 Vgl. dazu unten S. 355 ff., Ziff. II.

64 Diese Einsicht darf auch als Anzeichen für die Möglichkeit einer Geltung des Prinzips vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht bewertet werden, womit aber nicht ausgeschlossen ist, dass die besonderen systematischen Zusammenhänge des öffentlichen Rechts die Anwendbarkeit erheblich einschränken.

65 Vgl. dazu auch allgemein Troller, S. 113 ff.

66 Vgl. dazu oben S. 42/3, Ziff. 4. a.E., sowie S. 44, vor Anm. 109.

4. Abschliessende Bemerkungen

Prinzipien können nach ihren jeweiligen Erkenntnisgrundlagen unterschieden, jedes einzelne von ihnen kann nach diesem Kriterium näher bestimmt werden⁶⁷. Legt man diesen Raster an den Grundsatz vom Rechtsmissbrauchsverbot an, so ergeben sich folgende Resultate: Er ist in der geltenden Rechtsordnung enthalten und, weil ausdrücklich positiviert, gar eine Generalklausel⁶⁸; zudem ist er als Mittel der Rechtsanwendung jeder Rechtsordnung in seiner Möglichkeit vorgegeben⁶⁹.

C. Das Kriterium ihres ethischen Gehaltes zur Einteilung der Prinzipien und der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch

Schon die Untersuchung der Vorgegebenheit des Prinzips vom Rechtsmissbrauch hat soeben ergeben, dass der in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltene Grundsatz ein hochgradig technisiertes Mittel der Rechtsanwendung ist. Und tatsächlich befindet sich das Verbot auf der Einteilungsskala für Rechtsprinzipien nach ihrem ethischen Gehalt⁷⁰ an jenem Ende der völligen Wertneutralität⁷¹. Das Rechtsmissbrauchsverbot hat in seiner Berichtigungsfunktion ausschliesslich eine rechtstechnische Aufgabe zu bewältigen und ist damit ein Prinzip *ohne irgendwelchen eigenen ethischen Gehalt*. Dem widerspricht nicht, dass es eine jener Rechtseinrichtungen ist, wo im Dienste der Gerechtigkeit "rechtsethische Postulate von universaler Evidenz mitsprechen"⁷²; denn einem ethischen Postulat entspricht der Wunsch nach einem rechtstechnischen Berichtigungsmittel gegenüber der Regelhaftigkeit des Rechts durchaus. Das Rechtsmissbrauchsverbot hat aber dennoch *keinen eigenen ethischen Gehalt*⁷³.

Insofern muss die in BGE 83 II 349 auf den ganzen Art. 2 ZGB gemünzte Formel, er sei "eine aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel", für jeden der beiden Absätze von Art. 2 ZGB verschieden aufgefasst werden: Für Treu und Glauben kann sie als Hinweis auf dessen eigenen eindeutigen ethischen Gehalt ver-

67 Vgl. dazu auch schon oben S. 48, Ziff. VII., in zusammenfassender Art und Weise.

68 Vgl. dazu oben S. 320/21, Ziff. 1.

69 Vgl. dazu oben S. 322/23, Ziff. 3.

70 Vgl. allgemein zu diesem Einteilungskriterium oben S. 44 ff., Ziff. V.

71 Vgl. zu diesem Ende der Skala oben S. 45, lit. B.

72 Vgl. Esser, S. 353/54.

73 Dem entspricht im übrigen die Tatsache, dass das Rechtsmissbrauchsverbot selbst keine Massstäbe für seine Wirksamkeit enthält; vgl. zur Frage nach den Massstäben des Rechtsmissbrauches ausführlicher unten S. 335 ff., lit. C.

standen werden⁷⁴; für das Rechtsmissbrauchsverbot muss die Betonung hingegen auf dem Schöpfungsakt aus ethischer Betrachtung liegen, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass das Verbot selber, ohne den geringsten eigenen ethischen Gehalt zu haben, eine weitestgehend technisierte Aufgabe erfüllt, aber trotzdem der Anforderung eines ethischen Postulates dienlich ist. Deutlicher in diese Richtung weisend lässt sich die Formulierung interpretieren, dass für die Fälle unwahrer Beurkundung des Kaufpreises beim Grundstückkauf "auch das Rechtsempfinden und die Rechtsethik keine Anhaltspunkte für ein taugliches Kriterium der missbräuchlichen Geltendmachung"⁷⁵ des Formmangels bieten⁷⁶. Diese Probleme lassen sich eben erst auf Grund des Verhältnisses des Rechtsmissbrauchs zur Rechtsordnung lösen⁷⁷.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs, wie es in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthalten ist, keinen eigenen ethischen Gehalt hat und innerhalb der Rechtsordnung eine rein rechtstechnische Aufgabe wahrnimmt.

III. Das Verhältnis des Rechtsmissbrauchsverbots zur regelhaften Rechtsordnung

A. Allgemeines

1. Die feststehende Berichtigungsfunktion

Gegenüber vertraglichen und gesetzlichen Regeln kommt der Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbots die Berichtigungsfunktion zu⁷⁸. Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Freiheit gilt es dabei einzig die Besonderheit zu beachten, dass "das im Einzelfall rechtsmissbräuchliche Verhalten (z.B. Neidbau) ... gestützt auf präzise Abmachung zulässig"⁷⁹ wäre, weil es keinen Verstoss gegen die guten Sitten dar-

74 In diesem Sinne ist es oben S. 235/36, Ziff. 2., geschehen.

75 Vgl. BGE 92 II 325, E. 3.

76 Im übrigen liesse sich als Hinweis auf den nicht vorhandenen ethischen Gehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes noch die folgende Gegenüberstellung von Rechtsmissbrauch und Moral in BGE 54 II 331, E. 5., anführen: "Unbegründet ist endlich auch der klägerische Standpunkt, die Berufung der Beklagten auf den Formmangel bedeute einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Beizupflichten ist dem Kläger allerdings darin, dass das Verhalten der Beklagten vom moralischen Gesichtspunkte aus zu missbilligen ist." Es ging dabei ebenfalls um die Formvorschriften des Art. 216 OR bezüglich Grundstückkäufen.

77 Vgl. dazu sogleich unten S. 325 ff., Ziff. III.

78 Vgl. dazu oben S. 191, lit. b, sowie auch noch S. 193, Ziff. 6.

79 Vgl. Merz, N 103 zu ZGB 2.

stellen würde^{80,81}. Ansonsten aber “erfasst der Rechtsmissbrauch nicht nur die unzulässige Ausübung eines Rechts, sondern auch die missbräuchliche Ausnutzung von Rechtsvorschriften und die missbräuchliche Gestaltung von Rechtslagen”⁸².

Insofern können alle Rechtspositionen und alle Rechtsregeln missbräuchlich gehandhabt werden, d.h. ihnen gegenüber kann die Berichtigungsfunktion des in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltenen Prinzips zum Tragen kommen⁸³.

2. Das Verhältnis der Berichtigungsfunktion zur regelhaften Rechtsordnung

Weil es schon bestehendes Regelrecht ausnahmsweise von der Geltung ausschliesst und berichtigt, stellt sich das Rechtsmissbrauchsurteil im einzelnen zu beurteilenden Fall “per definitionem in Widerspruch zu einer geltenden Bestimmung”⁸⁴. Insofern ist es ein “stellvertretender Akt der Gesetzgebung”⁸⁵: Diese Formulierung ist aber m.E. mit grosser Vorsicht aufzunehmen, weil damit eine Regelbildungseigenschaft des Rechtsmissbrauchsurteils angedeutet wird, deren Vorhandensein oder Fehlen als nächstes zu prüfen sein wird. Das eigentliche Verhältnis des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes zur Regelhaftigkeit der Rechtsordnung soll nämlich nunmehr nach Massgabe der im allgemeinen Teil entwickelten Unterscheidungsmerkmale einer näheren Prüfung unterzogen werden.

B. Das Rechtsmissbrauchsverbot und die Regelbildungseigenschaft des Rechts

1. Einleitende Bemerkungen

Dass der Rechtsmissbrauchsgrundsatz erst als unmittelbare Folge der Regelhaftigkeit des Rechts möglich wird, hat sich bei der Ermittlung seiner Vorgegebenheit gezeigt⁸⁶. Die Regeln des Rechts müssen nun, um allgemein zugänglich zu

80 Vgl. allgemein zu den guten Sitten als – ethischer – Schranke jeder möglichen Rechtsgestaltung oben S. 256/57, lit. C.

81 Weil die guten Sitten eine ethische Grenze möglicher Rechtsgestaltung darstellen, kann diese Feststellung im Kontext auch als zusätzliches Anzeichen für die Bestätigung der Tatsache gewertet werden, dass das Rechtsmissbrauchsprinzip keinen eigenen ethischen Gehalt aufweist.

82 Vgl. Merz, N 93 zu ZGB 2; ferner auch N 420 daselbst.

83 Vgl. zu den Begriffen der Rechtsposition und der Rechtshandhabung oben S. 229/30, lit. b.

84 Vgl. Merz, N 38 zu ZGB 2.

85 Vgl. Merz, N 40 zu ZGB 2.

86 Vgl. dazu oben S. 322/23, Ziff. 3.

sein, mit den Mitteln der Sprache in feste äussere Formen gegossen werden. Sie werden zu diesem Zweck niedergeschrieben. Damit beginnen sie zugleich ein eigenes geistiges Dasein zu entwickeln; sie verselbständigen sich und werden zu objektiviertem, manchmal gar zu objektivem Geist⁸⁷.

Drei Grössen stehen sich aus diesen Gründen immer wieder gegenüber: das auf Grund der Wesenserkenntnis geformte Modell von Lebensereignissen, die in Anlehnung an dieses Modell geprägte Regel in ihrer verselbständigten Seinsweise und ein möglicherweise, zufolge Alters des erstgenannten Modelles und veränderter Erscheinungsweisen in den tatsächlichen Geschehnisabläufen wegen, abweichendes neues Modell in den heute wesensmässig zu erkennenden Lebensvorgängen. Diese drei Grössen können in einem ganz verschiedenen Verhältnis zueinander stehen: Im einen Extremfall stimmen sie vollkommen überein, sind also deckungsgleich; im andern Extrembereich stimmen sie alle nicht mehr überein, es stehen sich also zwei verschiedene Modelle und zusätzlich eine abweichende verselbständigte Rechtsregel gegenüber; in weiteren denkbaren Konstellationen deckt sich die Regel mit einem der beiden genannten Modelle, das andere weicht jedoch davon ab; zuletzt ist auch noch die Variante denkbar, dass zwar kein abweichendes Modell in den Lebensgeschehnissen entstanden ist, aber dennoch, im Gefolge der Emanzipation der Regel in die geistige Selbständigkeit, eine Diskrepanz zwischen ihr und dem zugrundeliegenden Modell entsteht.

Im Brennpunkt all dieser denkbaren Relationen zwischen den drei genannten Grössen (wesensmässig erkanntes Modell, in Anlehnung daran geprägte und eigenes geistiges Dasein führende Regel sowie mögliches neues und wesensmässig erkennbares Modell in den gegenwärtigen Lebensereignissen) steht demnach immer die zu objektiviertem Geist verselbständigte Regel.

Aus diesen Gründen wäre es ein aussichtsloses Unterfangen, anzunehmen, die Rechtsregeln in ihrer niedergeschriebenen und eigenes Dasein führenden Form könnten alleine die rechtliche Beurteilung auch nur vieler der anstehenden Fälle ermöglichen. Ein solches, ausschliesslich regelhaftes Ordnungsverständnis genügt nicht⁸⁸. Die Rechtspraxis kennt daher seit langem verschiedene Möglichkeiten der Modifikation geltenden Regelrechts, von denen einige im allgemeinen Teil dieser Arbeit vorgestellt worden sind⁸⁹. Im besonderen bestehen auch eigentliche Korrekturprinzipien gegenüber der regelhaften Rechtsordnung; mit anderen Worten gesprochen: Es gibt im Verhältnis zur regelbildenden und normalerweise im Maximum spezifizierend betrachtenden Rechtsordnung Mechanismen der Regelkorrektur in der Form des hier vertretenen Begriffes vom allgemeinen Rechtsgrundsatz⁹⁰.

87 Vgl. dazu oben S. 70/1, Ziff. 1.

88 Vgl. dazu allgemein oben S. 71, Ziff. 2.

89 Vgl. dazu oben S. 72 ff., lit. B., bes. zur Korrektur rein regelhaften Ordnungsverständnisses bei der Rechtsanwendung im allgemeinen S. 73 ff., Ziff. 3.

90 Vgl. dazu allgemein oben S. 77 ff., lit. C.

Diese Mechanismen prinzipieller Art lassen sich in der theoretischen Analyse in solche der Regelmodifikation und solche der Regeldurchbrechung einteilen⁹¹ und das sog. Billigkeitsprinzip hat sich als ein regelmodifizierender Korrekturgrundsatz erwiesen⁹², während bislang noch kein regeldurchbrechendes Korrekturprinzip gefunden worden ist.

2. Das Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip gegenüber der Rechtsordnung

a) Als Korrekturprinzip

Die Berichtigungsfunktion der Generalklausel des zweiten Absatzes von Art. 2 ZGB umschreibt nichts anderes als die *„korrektorische Funktion des Missbrauchsverbotes“*⁹³ von Art. 2 Abs. 2 ZGB gegenüber der Rechtsordnung. Das rein regelhafte Verständnis der geltenden Rechtsordnung wird in bestimmten, später noch näher zu bestimmenden Fällen berichtigt; rein formal und regelhaft betrachtet gültig und verbindlich eingenommene Rechtspositionen oder deren Handhabungen werden korrigiert.

Da nun das Rechtsmissbrauchsverbot nach eingehender Analyse als allgemeiner Rechtsgrundsatz hat qualifiziert werden können⁹⁴, und da seine korrektive Bedeutung feststeht⁹⁵, ist es tatsächlich ein weiteres *in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Korrekturprinzip* gegenüber nur regelhaftem Ordnungsverständnis des Regelrechts^{96,97}. Es kann zudem, weil ausdrücklich positiviert, als *korrigierende Generalklausel* bezeichnet werden.

b) Als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip

Regelkonform eingenommene Rechtslagen oder deren regelgemässe Ausübung werden in den Fällen der Aktualisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes berichtigt. Das heisst nichts anderes, als dass bestehendes Regelrecht im einzelnen Falle, der rechtlicher Beurteilung zugeführt wird, ausnahmsweise ausser Kraft gesetzt, nicht

91 Vgl. dazu oben S. 77, lit. a.

92 Vgl. dazu oben S. 78 ff., Ziff. 2.

93 Vgl. Egger, N 28 zu ZGB 2.

94 Vgl. dazu oben S. 184 ff., Ziff. III., bes. S. 197, lit. D.

95 Vgl. dazu rekapitulierend oben S. 325/26, Ziff. 1.

96 Vgl. zum Enthaltensein oben S. 320/21, Ziff. 1.

97 In diesem Sinne wohl auch Egger, N 23 a.E. zu ZGB 2, über den Sinn des Rechtsmissbrauchsverbotes: „... - in Art. 2 hat der Gesetzgeber eine Selbstberichtigung seines Rechts vorgenommen, unleidlichen Konsequenzen des technisch geformten Rechtes vorgebeugt.“

angewandt wird und dass in Widerspruch zu ihm entschieden wird⁹⁸. Damit wird bestehendes Regelrecht ausnahmsweise vom Richter(!) von der Geltung ausgeschlossen. Bestehendes Regelrecht, das für alle anderen und jeden späteren Fall in Geltung bleibt, wird im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil ausnahmsweise von der Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbotes durchbrochen! Das *Rechtsmissbrauchsverbot ist mit anderen Worten ein regeldurchbrechendes Korrekturprinzip der geltenden Rechtsordnung* oder, gleichbedeutend, *eine regeldurchbrechende Generalklausel korrigierender Art*.

Mit dieser Erkenntnis sind einige weitere Einsichten zum Verhältnis des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB zur Regelbildungseigenschaft rechtlicher Betrachtungsweise und hinsichtlich seiner Konkretisierungsform unauflöslich verbunden. Sie sollen den nächsten Schritt der Betrachtung der Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB leiten.

3. Die Ausschaltung beider Ursachen der Regelbildung beim regeldurchbrechenden Korrekturprinzip des verbotenen Rechtsmissbrauches

a) Die Umkehrung der Anforderungen der Ordnungsfunktion des Rechts

Bejaht der Richter in einem einzelnen zu beurteilenden Falle das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches, so setzt er auch nachher weiterbestehendes Regelrecht ausnahmsweise ausser Kraft. Er handelt aber in zweierlei Richtung nicht wie ein Gesetzgeber: Zum einen ersetzt er die Regeln, die er ausnahmsweise von der Geltung ausschliesst, nicht, sondern sie gelten weiter⁹⁹; zum andern kann er nur eine Rechtsposition oder eine bestimmte Rechtshandhabung verneinen, sie jedoch nicht positiv durch Anordnung anderer Verhaltensweisen ersetzen, was bedeutet, dass er – im Gegensatz zum Gesetzgeber – keine “freie rechtspolitische Gestaltung”¹⁰⁰ vornehmen darf. Insofern handelt es sich beim einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil eben nicht um einen Akt in vollständiger Stellvertretung des Gesetzgebers¹⁰¹. Das bringt der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ZGB deutlich zum Ausdruck, indem er für den Fall eines Rechtsmissbrauches nur anordnet, dass die dabei bezogene Rechtsposition oder die betreffende Rechtshandhabung “keinen Rechtsschutz” findet.

98 Vgl. dazu schon oben S. 326, Ziff. 2.

99 Der Gesetzgeber würde die Regel durch eine andere ersetzen oder sie zumindest einfach abschaffen; vgl. dazu schon oben S. 72/3, Ziff. 2.

100 Vgl. Merz, N 109 zu ZGB 2; ferner daselbst den folgenden Satz: “Der Richter kann den rechtsmissbräuchlichen Anspruch verneinen; er kann aber nicht andere Ansprüche an seine Stelle setzen.”

101 In diesem Sinne war der Vorbehalt gegenüber solcher Formulierung oben S. 326, bei Anm. 85, gedacht.

Der Gesetzgebungsprimat der ordentlicherweise dafür zuständigen Organe darf auf dem Wege über das Rechtsmissbrauchsurteil eben nicht illusorisch gemacht und die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse mittels Rechtsgeschäft darf damit ebenfalls nicht zur hohlen Phrase gemacht werden¹⁰².

Die Ordnungsfunktion des Rechts verlangt daher als eigenständiger Wert das unbeschränkte Weiterbestehen der bisherigen Rechtsregeln, auch nachdem sie im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil von ihrer Geltung ausgeschlossen worden sind¹⁰³. Aus der Sicht des Rechtsmissbrauchsverbotes als eines regeldurchbrechenden Korrekturprinzips kehren sich daher die Anforderungen der Ordnungsfunktion gerade in ihr Gegenteil um, wenn die Bewahrung des geltenden Regelrechts gelingen soll, so dass *bei der unmittelbaren Anwendung des Korrekturprinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot keinerlei Regelbildung stattfinden darf*¹⁰⁴.

b) Keine Betrachtung nach wesensmässigen Modellen

Eine zweite Ursache der Regelbildungseigenschaft des Rechts hat sich aus der mittels phänomenologischer Methode gewonnenen Erkenntnis ergeben, dass die Wesensanschauung der vorgegebenen Lebensverhältnisse Strukturen und Eigengesetzlichkeiten eröffnet, die in der Natur der Sache liegen und denen das Recht nur mittels Regelbildung gerecht zu werden vermag¹⁰⁵.

Genau solchen Modellen resp. den ihnen nachgeformten Rechtsregeln wird aber mit dem einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil das Zutreffen bzw. die Geltung versagt. Um die Aussagekraft dieses einzelnen Urteils nicht in unzulässiger Weise zu überdehnen, muss daher bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes auch eine Betrachtung nach Modellen unterbleiben, was wiederum direkte Auswirkungen auf die dabei zu benutzenden geistigen Denkformen zeitigt¹⁰⁶. Nur indem die Beurteilung im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil sich nicht an wesensmässig erfassten Modellen orientiert und daher *keine Regelbildung* nach sich ziehen kann, wird vermieden, dass der regeldurchbrechende Korrekturgrundsatz vom Rechtsmissbrauchsverbot übermässige Überdehnungen erfährt, die im Endeffekt der Rechtssicherheit,

102 Vgl. dazu auch Merz, N 32 zu ZGB 2.

103 Vgl. zum Ordnungswert als eigenständigem und konstitutivem Element der Rechtsordnung oben S. 49/50, lit. A., sowie S. 51, Ziff. 2.; ferner zum Verhältnis von Ordnungswert und seinem Mittel der Regelbildung oben S. 52, lit. C.

104 Auf die Besonderheiten der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes, bei der es dann trotzdem zur Regelbildung kommen kann, wird später näher einzutreten sein. Die Regelbildung wird im jetzigen Zusammenhang nur bei der unmittelbaren Anwendung des Verbotes im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil verneint.

105 Vgl. dazu allgemein und ausführlicher oben S. 53 ff., Ziff. III., bes. S. 55/6, Ziff. 1., sowie S. 56, Ziff. 2.

106 Vgl. dazu demnächst unten S. 332, lit. b.

d.h. der Verlässlichkeit auf Bestand und Geltung des bestehenden und weiter geltenden Regelrechts, abträglich wären. Auch die zweite Hauptursache der Regelbildung bei rechtlicher Betrachtung ist damit für die Anwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips ausgeschaltet.

c) Folgerung: Mahnung zu grösster Zurückhaltung

Der regeldurchbrechende Korrektureingriff mittels des Rechtsmissbrauchsverbots darf schon auf Grund der bei seiner unmittelbaren Anwendung zu unterlassenden Regelbildung nur mit grösster Sorgfalt stattfinden. Es muss die "Normberichtigung mit grösster Zurückhaltung"¹⁰⁷ zur Anwendung gelangen. Angesichts der vielen Regelmodifikationsmöglichkeiten, die bei der Rechtsanwendung zur Verfügung stehen und bei denen ohne Regeldurchbrechungen ausgekommen werden kann¹⁰⁸, müssen die berechtigten Verwendungen des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes sehr in Grenzen gehalten werden können. Mit deutlichen Worten fordert auch H. Merz "zu starker Zurückhaltung"¹⁰⁹ bei der Gebotsberichtigung auf, weil sehr umfangreiche Modifikationsmöglichkeiten des Regelrechts vorhanden sind¹¹⁰:

"Der Anwendungsbereich des berichtigenden Eingriffs ist um so unbedenklicher einzuschränken, als das positive Recht nicht mehr eine strengrechtliche Formalordnung darstellt und als im Wege der bestätigenden und ergänzenden Auslegung von Gesetz und Rechtsgeschäft der Rücksichtnahme und dem Vertrauen auf loyale Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten weiter Raum gewährt werden kann."

Es könnte noch ergänzt werden, dass auch der absolut technische und in keiner Weise ethische Inhalt der Aussage des Rechtsmissbrauchsprinzips¹¹¹ bewirkt, dass eine weitere, zusätzliche Ursache zur Regelbildung ebenfalls nicht zum Tragen kommt¹¹².

Im übrigen geht m.E. die Vermutung nicht allzuweit fehl, Einzelnormen oder gar ganze Regelungskomplexe, welche in auffälliger Vielzahl der Korrekturen mittels auf das Prinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB gestützter Regeldurchbrechung riefen, bedürften entweder eines neuen Auslegungsverständnisses oder aber gar einer Überprüfung und möglicherweise einer grundlegenden Revidierung durch den

107 Vgl. Merz, N 55 zu ZGB 2.

108 Vgl. dazu allgemein oben S. 73 ff., Ziff. 3.

109 Vgl. Merz, N 40 zu ZGB 2.

110 Vgl. Merz, N 41 zu ZGB 2.

111 Vgl. dazu oben S. 324/25, lit. C.

112 Vgl. zu diesem zusätzlichen Grund zur Regelbildung, der beim Rechtsmissbrauchsverbot ebenfalls entfällt, allgemein oben S. 66/7, Ziff. 2.

Gesetzgeber. Denn auch dort, wo sich derartige Häufungen von Rechtsmissbrauchs-urteilen ergeben, steht dem Richter der Weg zur Revidierung der jeweils betroffenen Normen selbst nicht offen; dies bleibt Sache des Gesetzgebers.

4. Folgerungen aus der fehlenden Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform des Grundsatzes vom verbotenen Rechtsmissbrauch

a) Im allgemeinen

Mit der Regelbildungseigenschaft geht notwendigerweise die Denkform zwischen dem Gattungsallgemeinen und dem höchstens Artbesonderen einher. Fehlt auf der anderen Seite einem Korrekturprinzip – sei es ein regelmodifizierendes oder ein regeldurchbrechendes – bei seiner Anwendung die Eigenschaft unmittelbarer Regelbildung, so ist damit unweigerlich ein Abgehen von den mit der Regelbildung gekoppelten geistigen Tätigkeiten des Denkens verbunden. Mit den Korrekturprinzipien ist insofern auch eine eigene Denkweise bei ihrer praktischen Anwendung verquickt¹¹³.

b) Individualisierung als Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes

Die *Vermutung zugunsten der Spezifikation* als normalerweise den Rechtsprinzipien adäquater Konkretisierungsform ist demnach bezüglich des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch *widerlegt*¹¹⁴. Mit seiner Anwendung wird immerhin in klarer Weise von bestehendem Regelrecht abgewichen, indem dieses ausnahmsweise durchbrochen wird. Dabei wird nicht an Gattungs- oder Artmodelle angeknüpft und es findet notwendig keine Regelbildung statt, weshalb einzig die *Individualisierung* die dem Prinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB zugehörige Konkretisierungstätigkeit sein kann¹¹⁵. Allein das Abstellen auf das Einzigartige des jeweils zu beurteilenden Falles kann die passende geistige Tätigkeit sein, um einerseits zum Entscheid über die Rechtsmissbräuchlichkeit überhaupt vorstossen zu können und um anderseits dem Verbot irgendwelcher Regelbildung bei der unmittelbaren Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes Folge zu leisten.

113 Vgl. dazu allgemein oben S. 77, lit. b; sodann S. 119, lit. B., sowie S. 124/25, Ziff. 1.

114 Vgl. zur Vermutung zugunsten der Spezifizierung als der Konkretisierungsform allgemeiner Rechtsgrundsätze oben S. 122, Ziff. 1., sowie S. 123/24, lit. B.

115 Vgl. dazu allgemein oben S. 124/25, Ziff. 1.

c) Das verbleibende Minimum der Sachgruppenbildung

Nicht alle Korrekturprinzipien verlangen einen vollständigen Verzicht auf Regelbildung anlässlich ihrer Anwendung¹¹⁶. Zu späterer und nur mittelbarer Regelbildung neigen Korrekturprinzipien der Regelmodifikation¹¹⁷. Die Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbotes bekräftigt m.E. die These, dass alle regeldurchbrechenden Korrekturprinzipien bei ihrer praktischen Anwendung keine Regelbildung gestatten, ja die Prägung von Regeln gar gebieterisch untersagen¹¹⁸. Zumindest für das Rechtsmissbrauchsverbot kann mit Gewissheit gesagt werden, dass im Zuge seiner eigentlichen Anwendung weder unmittelbar noch mittelbar Regeln gebildet werden dürfen. Nur so kann m.E. sichergestellt werden, dass die Durchgangsfunktion des Prinzips, die es auf jeden Fall auch hat¹¹⁹, nicht verfrüht einsetzt und auf dem Wege über Überdehnungen des Grundsatzes zur Ausserkraftsetzung des bestehenden und geltenden Regelrechts führt; nur so kann bei der Behandlung unechter Lücken nach Art. 2 Abs. 2 ZGB der Füllungsakt auf die Lücke selber beschränkt werden, ohne das vorhandene Regelrecht zu überwuchern¹²⁰.

Als Minimum verbleibt infolge des Verzichts auf Regelbildung die *Sachgruppenbildung hinsichtlich der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes*. Daraus können dann vielleicht später, aber ohne direkte Übernahmen von Lösungen früherer einzelner Anwendungen des Prinzips, eines Tages Modelle erkannt und entnommen werden, welche die Prägung neuer und vom Konkretisierungsakt als solchem unabhängiger Regeln erlauben¹²¹. Es bleibt festzuhalten, dass zufolge der untersagten Regelbildung und der individualisierenden Konkretisierungsform im Hinblick auf die Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes nur die Sachgruppenbildung verbleiben darf und muss¹²².

5. Abschliessende Bemerkungen

Wie schon hinsichtlich des ethischen Gehalts, hat der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch auch in seinem Verhältnis zur regelhaften Rechtsordnung eine ganz andere Position als der Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser entspricht

116 Vgl. zur hier herrschenden Ungewissheit oben S. 125/26, lit. a.

117 Vgl. dazu oben S. 126, lit. b, sowie S. 130, Ziff. 2.

118 Vgl. dazu oben S. 127, lit. c.

119 Vgl. zur Tatsache, dass jeder Rechtsgrundsatz eine Durchgangsfunktion hat, was daher auch für das Prinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB gelten muss, oben S. 131, Ziff. III.

120 Vgl. mehr zur Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips unten S. 385 ff., Ziff. IV.

121 Vgl. dazu auch allgemein oben S. 130, Ziff. 3.

122 Vgl. dazu allgemein auch oben S. 77/8, lit. c, sowie S. 127, lit. c; mehr dazu noch unten S. 381 ff., Ziff. III.

in allen Belangen dem Normalfall eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in seiner Beziehung zur Regelbildungseigenschaft, ist auch dementsprechend spezifizierend zu konkretisieren und nimmt keinerlei korrigierende Funktion gegenüber der Rechtsordnung in Anspruch¹²³. Das *Rechtsmissbrauchsverbot* hingegen ist ein regeldurchbrechendes Korrekturprinzip gegenüber der Regelmäßigkeit des Rechts, nimmt als einer der seltenen Ausnahmefälle im Wege seiner Anwendung keinesfalls an der Regelbildungstendenz rechtlicher Betrachtungsweise teil und ist folglich auch *ausnahmsweise* mit den Denkvorgängen der Individualisierung zu konkretisieren. Das Prinzip, das in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthalten ist, weist, mit anderen Worten und in zusammenfassendem Sinne ausgedrückt, *alle aussergewöhnlichen Eigenheiten eines regeldurchbrechenden Korrekturprinzips* auf¹²⁴.

Die beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsätze unterscheiden sich demnach sowohl hinsichtlich ihres ethischen Gehaltes als auch in bezug auf ihr Verhältnis zur regelhaften Rechtsordnung und deren hauptsächlichem Mittel der Regelbildung ganz erheblich: Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eine ethische Generalklausel regelbildender und, im Falle ihrer Anwendung, spezifizierender Art; das Rechtsmissbrauchsverbot dagegen ist ein völlig technisiertes Prinzip ohne irgendwelchen eigenen ethischen Gehalt und erweist sich als eigentliches Korrekturprinzip der Regeldurchbrechung, das bei seiner Anwendung individualisierende Berücksichtigung des am jeweiligen Fall Originären als Basis der Entscheidung verlangt, eine Entscheidung entgegen bestehendem und weiter in Geltung bleibendem Regelrecht bringt und bezüglich dessen Anwendungsfällen aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere solchen der Gewaltenteilung, eine Beschränkung auf die Bildung von Sachgruppen, unter gleichzeitigem Verzicht auf Regelbildung im Zuge des Konkretisierungsaktes selbst, nötig ist¹²⁵.

Von zentraler Bedeutung für ein möglichst umfassendes Bild des Rechtsmissbrauchsverbotes ist die Beantwortung der Frage nach den möglichen Massstäben für das einzelne Rechtsmissbrauchsurteil; im nächsten Schritt der Erörterungen geht es deshalb darum, sie zu suchen.

123 Vgl. dazu oben S. 239 ff., Ziff. III., sowie S. 249/50, Ziff. V.

124 Vgl. dazu allgemein oben S. 77/8, Ziff. 1., sowie vor allem S. 81, Ziff. 3.

125 Vgl. dazu oben S. 325/26, lit. A., sowie S. 326 ff., lit. B.

C. Die Massstäbe des Rechtsmissbrauches

1. Das Fehlen von Massstäben im Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot selber

Die Aussage von *Art. 2 Abs. 2 ZGB* enthält *keinerlei Hinweis auf die Massstäbe* zur Ermittlung eines Rechtsmissbrauchs. Die Gesetzesbestimmung besagt nämlich nur, dass der "Missbrauch eines Rechtes"¹²⁶ keinen Rechtsschutz findet, nicht aber, wann und unter welchen Umständen die Verweigerung des Rechtsschutzes einzutreten habe. Sie enthält also keinen Tatbestand¹²⁷ und nicht die Hinweise auf die Massstäbe, nach denen die Rechtsmissbräuchlichkeit zu beurteilen ist. In diesem Sinne wird das Problem, dem sich der Richter gegenüberfindet, auch wie folgt umschrieben¹²⁸:

"Nach welchen Kriterien er 'wirkliches' Recht von 'scheinbarem' Recht unterscheiden kann, wird in Abs. 2 nicht einmal angedeutet."

Dennoch muss es Massstäbe geben, die beigezogen werden können, wenn es gilt, in einer rechtlichen Beurteilung einen Rechtsmissbrauch festzustellen. Und wie es das Wort Massstab schon anklingen lässt, müssen zu diesem Zweck *objektiv* brauchbare Hilfsmittel gefunden und benutzt werden; denn die Ermächtigung an den Richter in Art. 2 Abs. 2 ZGB, der Rechtsmissbräuchlichkeit den Rechtsschutz zu verweigern, will nicht zu gefühljuristischer Beurteilung veranlassen. In diesem Sinne hat sich offenbar schon der geistige Vater von Art. 2 ZGB geäußert, wenn über seine Ansicht berichtet wird¹²⁹:

"Schon *Eugen Huber* betonte in unveröffentlichten Vorträgen an der Universität Bern 1909/10, dass der Rechtsmissbrauch einen objektiven Massstab erfordere (...)".

Die Suche nach solch *objektiven Massstäben* der Rechtsmissbräuchlichkeit leitet *neben* den Möglichkeiten, sie in einer *einzelnen Regel*¹³⁰ oder in einem *ganzen Regelungskomplex* eines Rechtsinstitutes¹³¹ zu finden, zum *Berührungspunkt zwischen Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot* hin¹³². Die drei hauptsächlich möglichen Massstäbe, an denen sich das Rechtsmissbrauchsurteil orientieren kann, sollen im folgenden, unter Anführung je eines m.E. sinnfälligen

126 Vgl. den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

127 So schon oben S. 186/87, bei Anm. 71.

128 Vgl. Merz, N 22 a.A. zu ZGB 2.

129 Vgl. Merz, N 105 zu ZGB 2, unter Bezugnahme auf die Notizen eines damaligen Hörers; vgl. ferner die Hinweise auf ein objektives Moment der Beurteilung des Rechtsmissbrauchs bei Gmür, N 14 und 14a zu ZGB 2, sowie bei Egger, N 24 zu ZGB 2.

130 Vgl. dazu sogleich S. 336 ff., Ziff. 2.

131 Vgl. dazu unten S. 339 ff., Ziff. 3.

132 Vgl. dazu unten S. 343 ff., Ziff. 4.

Beispiels, dargestellt werden. Die Beispiele dienen auch hier – als Auswahl aus einem ausserordentlich umfangreichen Fallmaterial – nur der Verdeutlichung; für eine grosse Zahl von Anschauungsfällen für die Rechtsmissbräuchlichkeit darf wiederum generell auf die Kommentierung, aber auch auf die Registerbände der offiziellen Entscheidungssammlungen verwiesen werden.

2. Die Modelle einzelner Regeln als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils

a) Theoretische Erläuterungen zum Massstab

Eine einzelne Norm kann einen Massstab für den Rechtsmissbrauch abgeben. Zu diesem Zweck muss vorab, unter Verwendung aller Auslegungselemente, der Sinn der betreffenden Regel ermittelt werden¹³³. Zudem muss in phänomenologischer Betrachtung das wesensmässig hinter ihr stehende, der Gattung oder Art nach bestimmte Modell aufgesucht werden¹³⁴. Damit lässt sich der “Durchschnitt der Lebensbeziehungen”¹³⁵ oder – wie das Modell, demgemäss die Regel entstanden ist, aus der Sicht der Rechtsregel heisst¹³⁶ – der Durchschnittsfall ausfindig machen, für den die Norm geschaffen ist. Dieses Modell, dieser Durchschnittsfall bzw. das ihnen entsprechende Gesamtergebnis der Auslegung ist mehr, als sich aus blosser Zweckbetrachtung der Regel ergibt¹³⁷. Auch die Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit, und darunter insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben¹³⁸, haben in das Gesamtergebnis der Auslegung, was vom methodischen Standpunkt aus unbedingt zu beachten ist, schon Eingang gefunden¹³⁹. Aus diesem Grunde “kann ihr Ergebnis nicht mit der blossen Begründung der ‘Zweckwidrigkeit’ umgestürzt werden”¹⁴⁰. Solches Vorgehen käme unweigerlich auf “eine Wiederholung der schon durchgeführten Denk- und Wertungsoperation”¹⁴¹ heraus. Damit kann nun aber der korrigierende Eingriff des Rechtsmissbrauchsprinzips nicht gerechtfertigt werden.

Zur Rechtfertigung des einzelnen Rechtsmissbrauchsurteils bedarf es vielmehr der Prüfung, ob die formal richtig eingenommene Rechtsposition nicht in einem

133 Vgl. zu den Elementen der Auslegung ausführlich Meier-Hayoz, N 179 ff. zu ZGB 1.

134 Vgl. zu dieser Methode allgemein oben S. 53 ff., Ziff. III., bes. auch S. 56 ff., Ziff. 1.

135 Vgl. Troller, S. 183.

136 Vgl. dazu allgemein oben S. 58, Ziff. 2.

137 Die Zweckbetrachtung ist ja als teleologisches Element auch nur *ein* Element der Auslegung.

138 Vgl. zur grossen Bedeutung des Prinzips von Treu und Glauben als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit oben S. 303/04, lit. A.

139 In diesem Sinne auch deutlich Merz, N 39 a.A. zu ZGB 2.

140 Vgl. Merz, N 338 a.A. zu ZGB 2; ferner auch N 58 daselbst.

141 Vgl. Merz, N 39 zu ZGB 2.

Bereich anzusiedeln ist, der zwar noch dem durch die Verselbständigung der betreffenden Regel als objektivierten Geist abgesteckten geistigen Daseinsbezirk der Regel unterstellt werden kann, hingegen in unvereinbarer Weise vom dahinterstehenden Modell resp. dem Auslegungsergebnis abweicht. Wenn die Verselbständigung der Regel überdehnt worden ist, können tatsächlich plötzlich scheinbares Recht und maximal möglicher Bereich des Modelles, dem die Regel nachgeformt worden ist, in krasser Weise auseinanderklaffen. Das Beharren auf der betreffenden formalen Rechtsposition wäre rechtsmissbräuchlich; das regeldurchbrechende Korrekturprinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB schließe durch. Durchbrochen würde die Regel in jenem Bereich der Überdehnung ihres selbständigen Daseins als objektivierter Geist, der gar nichts mehr mit dem zugrundeliegenden Modell zu tun hat. Ob dies der Fall ist, kann daher nicht selbst mit einer Regel beurteilt werden, sondern nur durch individualisierende Gegenüberstellung des Massstabes des regelhaft erfassten Modelles der Regel einerseits und des tatsächlichen Lebensvorganges als Basis der rechtlichen Beurteilung andererseits. Es sei versucht, dies an einem Beispiel zu verdeutlichen.

b) Das Beispiel von Art. 66 OR¹⁴²

Rechtsgeschäfte mit rechtswidrigem oder gegen die guten Sitten verstossendem Inhalt sind ausserhalb des Rahmens rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten anzusiedeln¹⁴³. Im Gefolge eines solchen "Geschäfts" wäre es denkbar, dass z.B. eine schon geleistete Zahlung zurückgefordert würde wegen ungerechtfertigter Bereicherung¹⁴⁴. Dem schiebt Art. 66 OR einen Riegel, indem er anordnet:

"Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden."

Hat nur derjenige, der die Leistung erbracht hat und sie jetzt zurückfordert, unredlich gehandelt, scheint die Regel nichts Ungewöhnliches anzuordnen. Ihr Grundmodell erschöpft sich jedoch keineswegs darin. Sie visiert nämlich zudem auch jene Konstellation an, wo den Empfänger der betreffenden Leistung der gleiche Vorwurf der Unredlichkeit trifft wie denjenigen, der sie erbracht hat und nun zurück-

142 Vgl. ausführlich zu dieser Gesetzesbestimmung und ihrem Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsprinzip Merz, N 566 ff. zu ZGB 2; dort sind auch viele Hinweise auf entsprechende Urteile der Praxis zu finden, weshalb bei der Erläuterung des Beispiels darauf verzichtet wird, auf sie alle hinzuweisen.

143 Vgl. dazu Art. 19/20 OR; zu der Begrenzung durch die guten Sitten ferner schon oben S. 256/57, lit. C.

144 Vgl. dazu Art. 62 OR.

fordert¹⁴⁵. In diesem Falle will die Bestimmung von Art. 66 OR die Rückforderung der Leistung normalerweise ebenfalls ausschliessen¹⁴⁶.

Aber auch gegenüber dieser klaren Regel kann die Korrekturfunktion auf Grund des Rechtsmissbrauchsprinzips einsetzen, sofern ihr Modell dank seiner verselbstständigten geistigen Existenz vollkommen überdehnt wird. Das kann etwa der Fall sein, wenn demjenigen die Rückforderung unter Berufung auf Art. 66 OR verweigert wird, der die betreffende Leistung unter dem Einfluss von Drohung erbracht hat¹⁴⁷. Denn diesen Extremfall hat Art. 66 OR sicher nicht im Auge, sondern ihm liegen die vorstehend beschriebenen Modellagen zugrunde. Es lässt sich nun aber in der Beurteilung des Einzelfalles nicht in generalisierender und regelbildender Weise ein Modell von Fällen formulieren, wo Art. 66 OR nicht angerufen werden könnte. Vielmehr ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es in BGE 74 II 29/30 sagt:

“Die Härte, die sich als Folge des Rückforderungsausschlusses ergeben kann, ist vom Gesetz gewollt. Daher wird bei verwerflicher Absicht des Vorleistenden oder beider Parteien in der Regel auch die Einrede der Arglist versagen. Immerhin ist nicht von vorneherein auszuschliessen, dass auch bei beidseitiger widerrechtlicher oder unsittlicher Absicht besondere Umstände vorliegen können, welche die Verweigerung des Rückforderungs- bzw. Bereicherungsanspruches als unerträglich und rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, ...”

Vereinzelte Ausnahmen von der Regel des Art. 66 OR sind demnach möglich, aber nur, wenn sie dermassen vom Grundmodell der Norm abweichen, dass sie sich im Bereich deren verselbstständiger und in der Verselbständigung überdehnter Daseinsweise bewegen. Daher muss in individualisierender Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes dieser, und nur gerade dieser anstehende Fall in seiner Einzigartigkeit zur Basis der rechtlichen Beurteilung genommen, dem Modell des Art. 66 gegenübergestellt und darauf geprüft werden, ob er in jenem Überdehnungsbereich anzusiedeln ist, der mit aller Sicherheit nur noch formal, aber nicht mehr

145 Vgl. dazu etwa BIZR 55 (1956) Nr. 152, wo sich ein Anwalt(!) vom Vertragspartner seines Auftraggebers, unter Ausnutzung der Zwangslage des Versprechenden, eine Zuwendung versprechen liess, indem jener den Anwalt dadurch für eine Fristerstreckung und die Vermeidung des Rücktrittes des Auftraggebers vom Vertrag bezahlte. Diese Vereinbarung einer Bezahlung (in Form der Hingabe eines Wechsels) war nach Art. 20 OR nichtig. Die versprochene Leistung wurde aber danach eingetrieben. Gegenüber der Rückforderung erhob der Anwalt die Einrede aus Art. 66 OR; er wurde damit aber ausnahmsweise, weil rechtsmissbräuchlich, abgewiesen.

146 Vgl. zu diesem Auslegungsergebnis BGE 74 II 26–29.

147 Vgl. in diesem Sinne das Urteil in BGE 76 II 370/71; es ging dabei um eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Regel von Art. 66 OR wegen Erwirkung der Leistung durch Drohung, und die Rückforderung der Leistung wurde zugelassen.

inhaltlich dem Modell der Regel entspricht. Dann kann ausnahmsweise, und ohne eine Regel aufstellen zu können, das regeldurchbrechende Korrekturprinzip des Rechtsmissbrauchsverbotes gegenüber Art. 66 OR Anwendung finden und ein einzelnes Rechtsmissbrauchsurteil ergehen. Es kommt dann nichts darauf an, ob es solche Fälle gibt, sondern es geht nur um gerade diesen Fall in seiner Originalität.

Das Beispiel ist unter anderem auch ausgewählt worden, um zu belegen, dass das regeldurchbrechende Korrekturprinzip vom Rechtsmissbrauch und seiner Unter-sagung gegenüber jeder Regel Verwendung finden kann, sofern nur die grund-legende Konstellation der Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne der Überdehnung der Regelhaftigkeit der betreffenden Bestimmung vorhanden ist; der in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltene Grundsatz spielt also auch gegenüber Regeln, die – wie Art. 66 OR – selber schon Ausnahmefälle behandeln und einer Ordnung zuführen.

3. Die Modelle ganzer Regelungskomplexe als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils

a) Theoretische Erläuterungen zum Massstab

Die gleichen Überlegungen, die bezüglich einer einzelnen Regel gelten, um einen der möglichen Massstäbe der Rechtsmissbräuchlichkeit zu finden, sind mit wenigen Veränderungen auch hier anzustellen¹⁴⁸. Unter Beizug aller Elemente und Hilfs-mittel – unter letzteren auch wieder des Grundsatzes von Treu und Glauben – der Auslegung lassen sich auch die Durchschnittsvorstellungen, die ein ganzes Rechtsinstitut prägen, erkennen. Eine zusätzliche phänomenologische Hinter-fragung des betreffenden Regelungsbereiches lässt auch das der Gattung oder Art nach bestimmte wesensmässige Modell – oder die Modelle – hervortreten, welche den Gegenstand der betreffenden Regelungen bilden. “Denn Merkmal des Rechts-missbrauchs ist die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirk-lichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will”¹⁴⁹, sagt das Bundesgericht. Dieser Formulierung kann m.E. freilich nur unter dem Vorbehalt beige-pflichtet werden, dass mit der sog. zweckwidrigen Verwendung des Instituts ein Mehr gemeint ist, als eine blossе Nichtübereinstimmung mit dem Teilaspekt der Auslegung, der den Namen teleologisches Element führt; denn die blossе Zweck-

148 Vgl. zum Massstab der Regelhaftigkeit einzelner Regeln und seiner Überdehnung in der Rechtsmissbräuchlichkeit, was zum einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil führt, oben S. 336/37, lit. a.

149 Vgl. BGE 94 I 667; vgl. ferner etwa die Formulierung in BGE 86 II 421: “Nach Lehre und Rechtsprechung kann es mit der von Art. 2 ZGB aufgestellten Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben unvereinbar sein, wenn ein Rechtsinstitut zu ihm gänzlich fremden Zwecken gebraucht wird”; die Hervorhebung im vorstehenden Zitat und jene des im Kontext wiedergegebenen Zitats sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

widrigkeit kann auch hier nicht ausreichen, um einen korrektiven Eingriff mittels des Rechtsmissbrauchsprinzips zu rechtfertigen¹⁵⁰. Zweckwidrigkeit bedeutet eben nicht auch schon eine unerträgliche Diskrepanz zwischen der Regelhaftigkeit des Rechtsinstituts und dem eigentlichen Modell der betreffenden Regelung.

Für die Beurteilung einer eventuellen Rechtsmissbräuchlichkeit bedarf es wiederum der Prüfung, ob sich die Regelung des betreffenden Institutes als Ganzes in solche Bereiche selbständiger geistiger Existenz emanzipiert hat, dass ihre Verwendung in diesen Bereichen einer krassen Überdehnung der Regelhaftigkeit im Verhältnis zum, extensiv gedacht, möglichen Modell gleichkommt. In diesem Falle wäre die betreffende Rechtsposition oder Rechtshandhabung nur mehr rein formal den Regeln des Regelungskomplexes zuzurechnen und ein Massstab für das Rechtsmissbrauchsurteil entdeckt. Die Regelhaftigkeit des Rechtsinstituts würde im Bereich, wo ihr verselbständigtes Dasein als objektivierter Geist deutlich überdehnt worden ist, durchbrochen, weil die Abweichungen von den zugrundeliegenden Modellen übermächtig gross geworden wären. Wann das zutrifft, lässt sich aber nicht generalisierend unter Aufstellung neuer Regeln entscheiden. Es muss vielmehr dem Mass des einen Modelles oder der mehreren Modelle des betreffenden Rechtsinstituts der individualisierend betrachtete einzelne Lebensvorgang als Basis der rechtlichen Beurteilung gegenübergestellt werden. Nur so kann die möglicherweise vorhandene ausnahmsweise und krasse Nichtübereinstimmung mit dem Modell, bei formaler Erfüllung der Anforderungen der Regel, festgestellt werden. Das soll an einem Beispiel, das die schweizerischen Gerichte vor wenigen Jahrzehnten verschiedentlich beschäftigt und in dessen Folge es zur Positivierung einer grundlegend neuen Regel gekommen ist (Durchgangsfunktion des Prinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch!), zu verdeutlichen versucht werden.

b) Das Beispiel der sog. Scheinehe

Bevor im Jahre 1952 dem Art. 120 ZGB ein neuer Tatbestand der Ehenichtigkeit angefügt wurde, mussten mehrfach Fälle beurteilt werden, in denen eine Verheiratung mit dem Zweck erfolgte, der Frau über den Ehemann das schweizerische Bürgerrecht zu verschaffen¹⁵¹. Es wurde daher auch von der sog. Bürgerrechtehe gesprochen. Die letztgenannte Bezeichnung ist im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot insofern nicht besonders geeignet, als sich die Frage der Um-

150 Vgl. dazu schon oben S. 336, nach Anm. 137.

151 Vgl. nunmehr die 1952 neu eingefügte Regel von Art. 120 Ziff. 4 ZGB, wonach eine Ehe nichtig ist, "wenn die Ehefrau nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Vorschriften über die Einbürgerung umgehen will"; in dieser Regel sind die beiden im Kontext getrennten Fragen nach der Ehenichtigkeit (bzw. rechtsmissbräuchlicher Benutzung des Institutes der Ehe) einerseits und nach der Umgehung der Einbürgerungsbestimmungen anderseits wieder in einen Gedanken zusammengefasst worden.

gehung der Einbürgerungsbestimmungen in all diesen Fällen als eine solche der Gesetzesumgehung der betreffenden Bestimmungen über das Bürgerrecht hätte darstellen sollen und somit eine auslegungsmässig zu bereinigende Problemlage wiedergegeben hätte. Die Verweigerung des Bürgerrechts hätte sich m.E. auf diesem Wege treffender begründen lassen¹⁵². Es geht daher im folgenden einzig um die Frage der Nichtigerklärung der Ehe in den Fällen, die heute von Art. 120 Ziff. 4 ZGB erfasst würden. Dafür sei jenes Urteil beigezogen, mit dem die diesbezügliche Reihe von Entscheiden des Bundesgerichts begonnen hat, indem es von seiner früheren Praxis abging¹⁵³.

Entscheidende Frage hätte demnach sein müssen, ob – unabhängig von der Gesetzesumgehung mit Bezug auf den Bürgerrechtserwerb – ein Missbrauch des Institutes der Ehe zu bejahen sei, dem das Verbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB den Rechtsschutz versage. Auch im genannten Urteil ist daher das Grundmodell des Instituts der Ehe gesucht worden, um es dem zu beurteilenden tatsächlichen Verhalten gegenüberzustellen¹⁵⁴:

“Gewollt ist nur eine begrifflich durchaus nicht notwendig mit der Ehe verbundene Nebenfolge: die Verschaffung des Bürgerrechtes des Mannes an die ihm angetraute Frau. Nicht gewollt dagegen ist die Folge, die mit der Ehe begrifflich notwendig verbunden ist und deren *Wesen* ausmacht: die Begründung einer dauernden, vollen Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau.”

Nachdem sich die Frage des Erwerbs des Schweizerbürgerrechts als solche der Gesetzesumgehung, und mithin der Auslegung, lösen liesse, bleibt jene übrig, ob auch ein Missbrauch des Institutes der Ehe anzunehmen sei. Dazu meinte das Bundesgericht im damaligen Entscheid¹⁵⁵:

“In einem solchen Falle liegt *nicht nur* ein Verstoss gegen die Bürgerrechtsordnung, *sondern auch* eine Verletzung des Eherechtes vor; denn die Ehe ist um ihrer Hauptwirkungen willen rechtlich ausgestaltet und geschützt; es geht nicht an, eine Trauung unter Ablehnung des rechtlichen und sittlichen *Gehaltes* der Ehe vornehmen zu lassen, nur um der erwähnten Nebenwirkung teilhaftig zu werden, die ihrerseits ihre Rechtfertigung

152 In diesem Sinne wohl auch Merz, N 296 zu ZGB 2; vgl. ferner zur Gesetzesumgehung als einer Auslegungsfrage schon oben S. 316, nach Anm. 20, mit verschiedenen weiteren Verweisungen.

153 Vgl. dazu BGE 65 II 133 ff.

154 Vgl. BGE 65 II 137; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

155 Vgl. BGE 65 II 138; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

einzig in den Hauptwirkungen der Ehe findet. Hier hatten die Parteien des Eheabschlusses sogar zum voraus eine baldige Scheidung in Aussicht genommen, um die gegen ihren Willen durch die Trauung begründeten Hauptfolgen, die sie ablehnten, auch der Form nach sobald wie möglich wieder zu beseitigen; und so wurde dann auch *tatsächlich* vorgegangen.”

Das verdeutlicht, dass nach Abtrennung des Problems der rechtlichen Behandlung des Bürgerrechtserwerbs nur unter ganz ausserordentlichen Umständen auch noch ein (Rechts-)Missbrauch des (Rechts-)Instituts der Ehe bejaht werden kann. Dennoch ist es m.E. denkbar, dass ein Ausnahmefall in genau diesem Bereich der offensichtlichen Überdehnung des dem Institut zugrundeliegenden Modelles in seiner regelhaften gesetzlichen Form eintritt. Dann wäre dieser betreffenden Ehe der Rechtsschutz zu verweigern, d.h. sie müsste für ungültig erklärt werden, weil sie nur Folge einer rechtsmissbräuchlichen Rechtshandhabung wäre. Das lässt sich aber nur individualisierend bestimmen und es kann unmöglich eine Generalisierung auf solche Ehen hin stattfinden¹⁵⁶.

Wenn das Bundesgericht im vorstehend erörterten Entscheid sagte, es sei nicht einzusehen, weshalb das Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 ZGB “auf das in diesem Gesetzbuch geordnete Institut der Ehe nicht anwendbar sein sollte”¹⁵⁷, so ist dem m.E. zwar zuzustimmen; ob aber bei Abkoppelung der Frage des Erwerbs des Bürgerrechts als einer Gesetzesumgehungsfrage noch viele Fälle als Scheinehen im Sinne des Rechtsmissbrauches qualifiziert worden wären, darf wohl bezweifelt werden. Zugleich hätte dann wohl dem Verbot, bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes Regeln zu bilden, noch intensiver gefolgt werden können.

Das Beispiel diene v.a. dem Nachweis der Möglichkeit, dass die Regelhaftigkeit ganzer Rechtsinstitute den Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit ebenso abgeben kann, wie es die Regelhaftigkeit einzelner Rechtsregeln vermag¹⁵⁸.

156 Es sei aber nicht verschwiegen, dass gegenüber der damaligen Begründungsweise aus Art. 2 ZGB gewichtige Bedenken zu beachten sind; vgl. dazu Merz, N 292 ff. zu ZGB 2.

157 Vgl. BGE 65 II 138.

158 Vgl. im übrigen für eine Einschätzung der Frage nach einem (Rechts-)Missbrauch der Ehe als eines regelhaften Rechtsinstitutes, die m.E. der im Kontext vertretenen Auffassung sehr nahe steht, das, nach Erlass von Art. 120 Ziff. 4 ZGB, über dessen Auslegung ergangene Urteil in BGE 98 II 1 ff., bes. S. 6 daselbst: “...; l’abus de droit n’existe que dans le cas où la femme, qui n’est ni prête ni décidée à fonder une communauté conjugale, contracte mariage avec un citoyen suisse à la seule fin d’acquérir la nationalité suisse.”

4. Treu und Glauben als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils

a) Theoretische Erläuterungen zum Massstab

Als Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils wird der Grundsatz von Treu und Glauben häufig verwendet, indem etwa von einem bestimmten Verhalten gesagt wird, es sei "rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 ZGB, weil Treu und Glauben verlangt hätten"¹⁵⁹, eine andere Haltung einzunehmen. Oder es wird von einem Verhalten behauptet, es "verstoße gegen Treu und Glauben und bedeute daher einen Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB"¹⁶⁰, oder der Betreffende könne ein Begehren nicht ablehnen, weil ein anderer "gegen Treu und Glauben handle und einen Rechtsmissbrauch begehe"¹⁶¹. Solche Formulierungen sind aber abzulehnen, weil sie im Resultat entweder wieder zum alten Fehler der Gleichsetzung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB führen¹⁶² oder aber den Eingriff des Korrekturprinzips allein mit dem Verstoß gegen Treu und Glauben begründen wollen, einem Grundsatz, der vorgängig schon zur Ermittlung der jeweiligen Auslegungsergebnisse mitbenutzt worden ist¹⁶³.

Was hinsichtlich der sog. Zweckwidrigkeit gesagt worden ist, gilt nämlich für alle an der Auslegung beteiligten Elemente und Hilfsmittel: Sie sind zur Ermittlung des Auslegungsergebnisses beigezogen und vollständig berücksichtigt worden; folglich kann nicht unter Berufung auf sie der berichtigende Eingriff des Rechtsmissbrauchsurteils herbeigeführt werden, weil dann die gleiche Argumentation für zwei verschiedene Beurteilungen Verwendung finden würde. Das kann und darf bei methodisch korrektem Vorgehen nicht geschehen. Deutlich in diesem Sinne sind auch die folgenden Worte zu verstehen¹⁶⁴:

"Bei der materiellen Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes ist zu beachten, dass Abs. 2 die Kompetenz zur Berichtigung eines im Wege richtiger Auslegung und somit *auch in Anwendung* des Grundsatzes von *Treu und Glauben* gewonnenen Ergebnisses verleiht."

Der Rechtsmissbrauchsgrundsatz als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip darf daher eben nicht als Gebot zweckentsprechender Rechtsausübung verstanden wer-

159 Vgl. BGE 99 II 57, E. 1., a.A.

160 Vgl. BGE 94 II 40, E. 6.

161 Vgl. BGE 42 III 85.

162 Vgl. dazu oben S. 188, lit. b; S. 189 ff., Ziff. 4.; S. 192/93, lit. b; S. 204/05, Ziff. V.; ferner auch noch S. 315, lit. a.

163 Vgl. dazu auch schon oben S. 336, nach Anm. 137, sowie S. 339/40, nach Anm. 149.

164 Vgl. Merz, N 39 zu ZGB 2; die Hervorhebungen im Zitat sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

den¹⁶⁵, weil dadurch sein Unterschied zum ethischen Grundsatz von Treu und Glauben wiederum aufgehoben würde und da zudem der berichtigende Eingriff nur mit dem Hinweis auf die mangelnde Zweckmässigkeit der Rechtshandhabung die "Aufweichung und Relativierung"¹⁶⁶ allen Regelrechts nach sich ziehen müsste. "Die Auffassung, dass die blossе Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben" auch die Anwendung des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot zulasse, "ist abzulehnen"¹⁶⁷. Jede *Begründung*, es liege ein *Rechtsmissbrauch* vor, (nur) weil ein *Verstoss gegen Treu und Glauben* zu finden sei, ist daher von vornherein und mit Nachdruck *abzulehnen*; sie will einen korrigierenden Eingriff auf Denkwegen herleiten, die absolut identisch sind mit denen der vorangehend getätigten und abgeschlossenen Auslegungs- und Ergänzungsarbeit.

Dennoch vermag der Grundsatz von *Treu und Glauben* in sehr vielen Fällen als *Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils* zu dienen¹⁶⁸. Genauer betrachtet sind es allerdings einzelne Spezifikationen von Treu und Glauben, die ja ihrerseits wiederum regelhaften Charakter haben¹⁶⁹, die den Massstab zur Beurteilung eines Rechtsmissbrauches abzugeben vermögen.

Auch die Spezifizierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben stellen Modelle des Verhaltens resp. Durchschnittsfälle, für die sie gelten, in regelhafter Weise dar. Diese Fixierungen der Aussage von Treu und Glauben in regelhaft zu verstehenden Spezifikationen nehmen an der Verselbständigungstendenz des Regelrechts teil¹⁷⁰. Auch sie können daher objektiv in jenem Überdehnungsbereich der geistig verselbständigten Regelhaftigkeit angetroffen werden und bei dieser Konstellation den Eingriff des regeldurchbrechenden Korrektivs in Form des Rechtsmissbrauchsurteils hervorrufen. Es ist demnach *der regelhafte Charakter der Spezifikationen von Treu und Glauben*, der den Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB zu einem möglichen *Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit* macht. Dass gerade dieser Massstab in Rechtsmissbrauchsurteilen *besonders häufig* anzutreffen sein muss, liegt daran, dass Treu und Glauben eben ein Rechtsprinzip ist, dessen jeweilige Spezifizierungen in Regelform, insbesondere zufolge seiner grossen Bedeutung als Hilfsmittel jeder vertraglichen und gesetzlichen Rechtsfindungstätigkeit¹⁷¹, in allen Rechtsbereichen

165 Daher kann der von Niederhauser, S. 57 ff., vertretene Auffassung dieses Inhalts m.E. nicht zugestimmt werden.

166 Vgl. Merz, N 24 zu ZGB 2.

167 Vgl. Merz, N 24 zu ZGB 2.

168 Vgl. übrigens allgemein zur Massstabfunktion der ethischen Generalklausel von Treu und Glauben oben S. 236/37, lit. a.

169 Vgl. dazu oben S. 239 ff., lit. A., sowie S. 267 ff., § 20, bes. S. 285 ff., lit. C.

170 Vgl. dazu oben S. 296 ff., Ziff. 2., sowie vor allem S. 298/99, Ziff. 2.; ferner auch zusammenfassend S. 299/300, Ziff. VI. a.E.

171 Vgl. dazu oben S. 269 ff., lit. A., sowie S. 303/04, lit. A.

bedeutsam sind¹⁷² und niemals als in ihrer Summe vollständig bezeichnet werden können¹⁷³. An einem Beispiel soll die Bedeutung von Treu und Glauben als einem Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils veranschaulicht werden.

b) Das Beispiel der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht¹⁷⁴

Das *civilter uti* stellt eine spezifische Ausprägung, eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar¹⁷⁵. Wenn nun z.B. ein Mehrheitsbeschluss darauf zu prüfen ist, ob er rechtsmissbräuchlich sei, so ist in einer ersten, der Auslegung zugehörigen Phase der rechtlichen Beurteilung zu untersuchen, welche Handlungsvarianten unter den besonderen Umständen, auf welche hin der Leitsatz der schonenden Rechtsausübung weiter zu spezifizieren ist, für den Beschluss, beispielsweise der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, offengestanden sind. Innerhalb der so gefundenen Möglichkeiten des Handelns sind jene zu bestimmen, die den besonderen Regeln und Anforderungen des Gebotes der Schonung mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse genügen¹⁷⁶. Dabei werden verschiedene Modelle oder Regeln von Verhaltensweisen herauskommen, die sich unter den besonderen Umständen normalerweise in dem Rahmen bewegen würden, den das Gebot von Treu und Glauben in seiner Spezifikation für solche Fälle absteckt¹⁷⁷.

Ob nun ein Rechtsmissbrauch vorliegt, muss in einer eigenen Phase der rechtlichen Beurteilung wiederum durch Gegenüberstellung der ermittelten spezifischen Regeln einerseits und des Ergebnisses der Untersuchung, ob das tatsächliche Verhalten der Generalversammlung bei ihrem Beschluss sich auf ein überdehntes Verständnis verselbständigten anderen Regelrechts stützt, anderseits entschieden werden¹⁷⁸. Dieser Prüfung kann aber m.E. nur der zur Beurteilung anstehende einzelne Lebensvorgang unterzogen werden, ohne schon im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil und auf dem Wege der Konkretisierung des Korrekturprinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB feste Regeln für so geartete und daher spezifizierend bestimmte Modelle von Fällen festlegen zu können. Es dürfen nicht von Anfang an Regeln

172 Vgl. in diesem Zusammenhang auch oben S. 221/22, Ziff. 6., sowie vor allem S. 233, lit. e.

173 Vgl. dazu oben S. 298/99, Ziff. 2.; ferner allgemein zu dieser Eigenschaft von allgemeinen Rechtsgrundsätzen oben S. 92, Ziff. 2.

174 Vgl. zur schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht ausführlich den im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatz von Meier-Hayoz/Zweifel; ferner auch etwa die Dissertation von Pelli.

175 Vgl. dazu oben S. 275, Ziff. 2.

176 Vgl. dazu ausführlich Meier-Hayoz/Zweifel, S. 390 ff., bes. zusammenfassend S. 393.

177 Vgl. dazu etwa die Varianten loyalen Verhaltens unter den besonderen Umständen jenes zu beurteilenden Falles bei Meier-Hayoz/Zweifel, S. 396, Ziff. 3.

178 In Frage käme etwa die verabsolutierte Berufung auf die Regel des Aktienrechts, wonach Mehrheitsentscheide auch die Minderheit binden, wenn ein solcher Entscheid einen völlig willkürlichen Entscheid beinhaltet.

über die korrektive Durchbrechung weiterbestehenden Regelrechts aufgestellt werden, weil dieses für alle zukünftigen Fälle, sollten sie auch ähnlich sein, weiterhin gilt. Hingegen steht nichts im Wege, mittels des spezifischen Gebotes der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht verschiedene Bestimmungen des Gesetzes einer neuen, von Treu und Glauben als Hilfsmittel geprägten Auslegung zuzuführen. Das wird insbesondere dort angezeigt sein, wo mit der veränderten Auslegung dem Grundmodell der betreffenden Regeln oder des ganzen Rechtsinstitutes besser entsprochen werden kann. Dann liegt freilich kein Rechtsmissbrauchsurteil und kein korrigierender Eingriff gegen die Regelhaftigkeit des Rechts mehr vor, sondern eine von Treu und Glauben bzw. einer seiner Spezifikationen inspirierte Regelmodifikation anlässlich der Rechtsanwendung¹⁷⁹. Dabei zeigt sich dann zugleich eine jener Übergangsphasen zwischen Regelmodifikation mittels Art. 2 Abs. 1 ZGB und Regeldurchbrechung mittels Art. 2 Abs. 2 ZGB, die bisher im Interesse der klaren Unterscheidung der beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Prinzipien ausser acht gelassen worden sind¹⁸⁰.

5. Abschliessende Bemerkungen

Im *Zentrum* des Interesses muss hinsichtlich des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch immer die *Regelhaftigkeit des Rechts* stehen¹⁸¹. Das bestätigt sich daran, dass alle Massstäbe des Rechtsmissbrauchsurteils objektive und regelhafte sind¹⁸². Gäbe es die Regelhaftigkeit nicht, erübrigte sich jedwedes Korrekturmittel regeldurchbrechender Art; die Regelbildungseigenschaft ist jedoch vorgegeben und daher auch das Rechtsprinzip des Rechtsmissbrauchsverbotes¹⁸³. Es sind nach den vorangegangenen Überlegungen immer spezifizierte Regeln oder Regelungskomplexe, oder dann der zu spezifizierende Grundsatz von Treu und Glauben, präziser ausgedrückt seine regelhaften Spezifikationen, welche *im Bereich der Überdehnung ihrer Regelhaftigkeit die Massstäbe* der individualisierend vorzunehmenden Konkretisierung in der rechtlichen Beurteilung eines möglichen Rechtsmissbrauches abgeben. Davon sind im übrigen auch lückenfüllend entstandene Regeln des Richterrechts nicht vollkommen auszuschliessen; auch sie können von den an einem Rechtsverhältnis Beteiligten in ihrer Regelhaftigkeit überdehnt werden.

179 Vgl. zu den Möglichkeiten solcher Regelveränderung bei der Rechtsanwendung allgemein oben S. 73 ff., Ziff. 3., bes. S. 74/5, lit. c.

180 Vgl. dazu ausführlicher Merz, N 53/4 und 59 zu ZGB 2.

181 Vgl. dazu oben S. 326 ff., lit. B.

182 Vgl. dazu oben S. 335 ff., lit. C.

183 Vgl. dazu oben S. 322/23, Ziff. 3.

Auf den näheren Ablauf der Individualisierung bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsprinzips wird noch gesondert einzugehen sein¹⁸⁴.

IV. Exkurs: Der Berührungspunkt der beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Prinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot

A. Der zentrale Berührungspunkt

Je von der Warte des betreffenden Grundsatzes aus betrachtet, begegnen sich die ansonsten sehr verschiedenen Prinzipien von Art. 2 ZGB an ein und demselben Berührungspunkte. Einer der Massstäbe, die das Urteil über die Rechtsmissbräuchlichkeit ermöglichen, ist der Grundsatz von Treu und Glauben¹⁸⁵. Seine regelbildenden Spezifikationen können in ihrer regelhaften und verselbständigten Daseinsweise derart krass überdehnt werden, dass die Rechtsfolge, bestehend in der Verweigerung des Rechtsschutzes, die das regeldurchbrechende Korrekturprinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot anordnet, für die betreffende Rechtshandhabung eintreten muss. Das Rechtsmissbrauchsprinzip verschafft, mit anderen Worten gesagt und aus dem Blickwinkel von Treu und Glauben betrachtet, dem letztgenannten Grundsatz auf Grund der ausserordentlichen Konstellationen der Überdehnung der Regelhaftigkeit von dessen Spezifikationen eine Rechtsfolge.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eine *lex imperfecta* ohne eigene unmittelbare Rechtsfolgen und bedarf daher einer Norm, die sich ihn zum Massstab ihrer Rechtsfolgen nimmt, wenn er über seine Funktion als Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit hinaus zu Rechtsfolgen gelangen will¹⁸⁶. Die andere Seite der Beziehungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch ist demnach darin zu sehen, dass das Prinzip des Abs. 2 von Art. 2 ZGB jene Verbotsnorm darstellt, die dem Gebot von Abs. 1 desselben Artikels in gewissen Fällen eine eigene, wenn auch nur mittelbare Rechtsfolge verschafft.

Der Berührungspunkt zwischen den beiden Prinzipien, die in Art. 2 ZGB enthalten sind, ist also ein einheitlicher, der sich nur, je nach der Wahl des Ausgangspunktes der Betrachtung beim einen oder beim anderen Grundsatz, verschieden manifestiert; was dem einen die ausnahmsweise Rechtsfolgevermittlung, ist dem andern einer seiner Massstäbe.

184 Vgl. dazu unten S. 368 ff., § 25.

185 Vgl. dazu oben S. 343 ff., Ziff. 4.

186 Vgl. dazu oben S. 237/38, lit. b; ferner auch S. 304/05, Ziff. 2.

Zusammenfassend kann über die gegenseitigen Beziehungen und den eigentlichen Berührungspunkt der beiden Prinzipien des Art. 2 ZGB folgendes gesagt werden: *Der Grundsatz von Treu und Glauben ist einer der möglichen Massstäbe des Rechtsmissbrauchs; umgekehrt ist gerade in diesen Fällen das Rechtsmissbrauchsverbot jene Verbotsnorm, die dem Grundsatz von Treu und Glauben zu eigener, aber nur mittelbarer Rechtsfolge verhilft.* Daran ist besonders hervorzuheben, dass Treu und Glauben nur einen von verschiedenen möglichen Massstäben der Rechtsmissbräuchlichkeit abgibt¹⁸⁷ und dass eigentlicher Gegenstand des Rechtsmissbrauchs nicht das Gebot von Treu und Glauben selbst ist¹⁸⁸. Im Grunde genommen handelt es sich nämlich um zwei eigenständige und sehr verschiedene allgemeine Rechtsgrundsätze, und es ist niemals die blossе Nichtübereinstimmung einer Rechtshandhabung mit Treu und Glauben dem Rechtsmissbrauch gleichzusetzen.

B. Anhang: Zu den Überschneidungen

Es ist das erklärte Ziel dieser Arbeit, den Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und die zugehörigen Konkretisierungsformen einer theoretischen Analyse zu unterziehen¹⁸⁹. Aus dieser Sicht handelt es sich bei Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot um zwei verschiedene Prinzipien, deren Berührungsfläche soeben beschrieben worden ist. Betrachtet man die beiden Aussagen von Art. 2 ZGB nach ihren Funktionen bei der Rechtsanwendung, so ist dem Grundsatz von Treu und Glauben die bestätigende und ergänzende Funktion zuzuweisen¹⁹⁰; die Berichtigungsfunktion gebührt dagegen einzig dem Rechtsmissbrauchsverbot¹⁹¹. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass immer wieder Übergänge zwischen korrektiv gefundenen Lösungen und von Treu und Glauben mitbestimmten Auslegungsergebnissen vorkommen können¹⁹². Insofern bezeichnen eben die Einteilungen in bestätigende, ergänzende und berichtigende Auslegung tatsächlich "nur Schwerpunkt-lagen"¹⁹³.

187 Vgl. dazu auch etwa die folgende Formulierung bei Bürgi, S. 132, wo vom Rechtsmissbrauch gesagt wird: "... es werden objektive Schranken der Rechtsausübung anerkannt, die ... in Treu und Glauben *einen* wesentlichen Ausdruck gefunden haben"; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

188 Vgl. zum Gegenstand des Rechtsmissbrauchs ausführlicher unten S. 355 ff., Ziff. II.

189 Vgl. dazu oben S. 3, Einleitung; ferner auch S. 143, Einleitung.

190 Das ist im Rahmen dieser Arbeit dadurch zum Ausdruck gekommen, dass Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. das in ihm enthaltene Prinzip von Treu und Glauben hinsichtlich seiner Anwendbarkeit als Hilfsmittel der auslegenden und lückenfüllenden Rechtsfindungstätigkeit gekennzeichnet worden ist; vgl. dazu oben S. 303/04, lit. A.

191 Vgl. dazu rekapitulierend oben S. 325/26, lit. A.

192 Vgl. dazu oben S. 346, bei Anm. 179, sowie die Verweisung in Anm. 180 daselbst.

193 Vgl. Merz, N 53 zu ZGB 2.

Im Interesse der Analyse der beiden Grundsätze von Art. 2 ZGB sind diese Überschneidungsmöglichkeiten bisher nur am Rande behandelt worden. Sie werden aber anlässlich der Erörterungen zur Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips innerhalb der Systematik dieser Arbeit noch einmal kurz zur Rede kommen¹⁹⁴.

C. Der grosse Vorteil der Vereinigung der beiden Prinzipien in der einen Gesetzesbestimmung von Art. 2 ZGB

Indem beide Grundsätze der zwei Absätze von Art. 2 ZGB die Rechtsanwendung wesentlich mitbestimmen, und weil Treu und Glauben ein gewichtiger, wenn nicht gar der wichtigste Massstab des Rechtsmissbrauchs ist¹⁹⁵ und zugleich in den Fällen, wo dieser Massstab anzulegen ist, das Verbot des Abs. 2 dem Gebot des Abs. 1 zu eigenen, wenn auch nur mittelbaren Rechtsfolgen verhilft, sofern ein Rechtsmissbrauch bejaht und der fraglichen Rechtshandhabung der Rechtsschutz verweigert wird, sind die Gründe dargetan, welche die Vereinigung der Prinzipien von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots in einem Gesetzesartikel als eine überragende gesetzgeberische Leistung ausweisen¹⁹⁶.

194 Vgl. dazu unten S. 385 ff., Ziff. IV., sowie vor allem S. 394, Ziff. V.

195 Im Sinne der dargelegten Überschneidungen kann daher von der Normberichtigung gesagt werden: "Ihre Wurzeln liegen zwar auch in erster Linie im Grundsatz von Treu und Glauben, ... Sie bedarf jedoch einer besonderen und zusätzlichen Rechtfertigung durch Leitsätze, welche Konkretisierungen qualifizierter Zweckwidrigkeit darstellen"; vgl. Merz, N 39 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

196 Darauf ist oben S. 190, vor Anm. 92, schon angespielt worden. Der Bedeutung als Rechtsanwendungsnorm wegen ist übrigens auch die Stellung von Art. 2 ZGB im unmittelbaren Anschluss an die Rechtsanwendungsvorschrift von Art. 1 ZGB ein gelungenes Werk gesetzgeberischer Arbeit; vgl. dazu Meier-Hayoz, N 300 zu ZGB 1.

V. Bedeutung und Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes

A. Die Bedeutung der positivrechtlichen Rechtfertigung für das Rechtsmissbrauchsverbot

1. Für die Erkenntnis des Rechtsmissbrauchsprinzips

Als Erkenntnisgrundlage des Grundsatzes vom verbotenen Rechtsmissbrauch reicht seine Positivierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB aus¹⁹⁷. Da es sich zudem um ein vorgegebenes Prinzip handelt, ist seine Erkenntnis vorprogrammiert und als solche völlig sichergestellt¹⁹⁸.

2. Die weitere Bedeutung

Was für alle vorgegebenen Prinzipien gilt, trifft auch für den Rechtsmissbrauchsgrundsatz zu: Für seine praktische Verwendbarkeit bedarf er eines zuverlässigen Begründungszusammenhanges mit dem geltenden Recht¹⁹⁹. In welchem Ausmass der für die praktische Rechtsanwendung notwendige Begründungszusammenhang für das Verbot des Rechtsmissbrauchs im heutigen schweizerischen Recht in gefestigter Weise erbracht ist, soll als nächstes betrachtet werden.

B. Das Ausmass der positivrechtlichen Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes im geltenden Recht

1. Der gesicherte Begründungszusammenhang für das gesamte Privatrecht

Es geht jetzt einzig darum, die positivrechtliche Herleitung des Grundsatzes zu überblicken. Über seine eigentliche Anwendbarkeit und deren Eigenheiten wird demnach noch nichts ausgesagt; darauf wird zu späterem Zeitpunkt zurückzukommen sein²⁰⁰.

197 Vgl. dazu oben S. 320/21, Ziff. 1., bes. S. 321, lit. c; ferner allgemein dazu oben S. 88, Ziff. III.

198 Vgl. zur Vorgegebenheit oben S. 322/23, Ziff. 3.

199 Vgl. dazu schon oben S. 35, vor Anm. 54; ferner allgemein auch noch oben S. 88/9, Ziff. IV., sowie S. 89 ff., Ziff. V.

200 Vgl. dazu unten S. 397 ff., § 26.

Für das Bundesprivatrecht genügt auf alle Fälle die ausdrückliche Positivierung des Rechtsmissbrauchsverbotes in Art. 2 Abs. 2 des ZGB als Begründungszusammenhang²⁰¹. Bezüglich des Begründungszusammenhangs für das kantonale Privatrecht gelten sinngemäss die gleichen Überlegungen, die schon zur Geltung von Treu und Glauben in diesen Rechtsbereichen angestellt worden sind; es darf daher auf sie verwiesen werden²⁰².

2. Zur Frage eines Begründungszusammenhanges im Falle vermehrter und genereller Anwendung im öffentlichen Recht

Eine generelle Übertragung des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht erscheint zum heutigen Zeitpunkt als verfrüht²⁰³. Für die Belange des kantonalen Prozessrechtes ist das Prinzip allerdings seit Jahrzehnten als subsidiärer kantonaler Satz anerkannt²⁰⁴, so dass der Begründungszusammenhang auch dort gesichert sein dürfte, wo keine besonderen Bestimmungen des betreffenden Prozessgesetzes ihn statuieren²⁰⁵. Für weitere Bereiche des öffentlichen Rechts wirkt sich die bisher nicht allzu häufige berechnete Verwendung des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips unter Mithilfe der Möglichkeit, dass seine Funktion von anderen Mechanismen absorbiert werden kann, m.E. dahingehend aus, dass ihm zum jetzigen Zeitpunkt auch kein fester Begründungszusammenhang mit der geltenden Ordnung des öffentlichen Rechts beschieden ist. Es wäre m.E. nicht angebracht, unter erneuter Vermischung oder Gleichsetzung des Rechtsmissbrauchsverbotes mit Treu und Glauben²⁰⁶, den gesicherten Begründungszusammenhang des letztgenannten Prinzips für die Belange des öffentlichen Rechts aus Art. 4 BV ohne weiteres auf das Rechtsmissbrauchsverbot zu übertragen²⁰⁷. Damit soll nicht ausgeschlossen werden, dass eine Herleitung aus dem positiven Recht für das Prinzip des Rechtsmissbrauchsverbots nicht in der Abstützung auf Art. 4 BV gefunden werden könnte; sie müsste jedoch erst noch, unabhängig vom Prinzip von Treu und

201 Vgl. dazu schon oben S. 314, vor Anm. 12.

202 Vgl. dazu oben S. 247/48, Ziff. 1., sowie bezüglich einer eventuellen gewohnheitsrechtlichen Geltung oben S. 188/89, Ziff. 3.

203 Vgl. dazu oben S. 315 ff., Ziff. 2., zusammenfassend S. 319/20, lit. d.

204 Vgl. dazu BGE 56 I 448/49.

205 Teilweise wird etwa im Kanton Zürich die Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes wohl in § 50 Abs. 2 ZPO ZH mitschwingen; zufolge der dortigen Beschränkung auf das Verbot wissentlich ungerechter Prozessführung deckt sich die Bestimmung aber keineswegs mit der vollen Aussage des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

206 Vgl. zur Vermutung der Existenz solcher Tendenzen oben S. 315, lit. a.

207 Vgl. zur allgemein genügenden positivrechtlichen Rechtfertigung des Prinzips von Treu und Glauben aus der Rechtsstaatsklausel von Art. 4 BV für die Belange des öffentlichen Rechts oben S. 248/49, Ziff. 2.

Glauben, vollzogen werden, falls ein Bedürfnis dafür überhaupt je bejaht werden sollte.

Wesentlich ist m.E. nur, dass ausser der Vermutung, dass die Frage nach einer generellen Übertragung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes ins öffentliche Recht beim heutigen Stand der Dinge noch offengelassen werden sollte²⁰⁸, und bei genügender Unterscheidung des Rechtsmissbrauchsverbotes vom Grundsatz von Treu und Glauben auch noch kein allgemeingültiger Begründungszusammenhang mit dem geltenden Recht besteht, der dem Verbot für die Belange des geltenden Rechts die positivrechtliche Herleitung sichern würde.

VI. Resultate der weiteren Analyse des Grundsatzes vom Rechtsmissbrauchsverbot

Das Prinzip vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch ist nach dem Kriterium der rechtlich erheblichen Sachbereiche eines des gesamten schweizerischen Privatrechts. Seine generelle Übertragbarkeit in das gesamte öffentliche Recht scheint im gegenwärtigen Zeitpunkt noch verfrüht oder die Entscheidung über diese Frage muss zumindest, im Interesse vorgängiger weiterer Abklärungen der Folgen einer generellen Übertragung, die sich aus dem ganzen System des öffentlichen Rechts ergäben, offengelassen werden. Eine vereinzelte Übernahme erscheint dagegen auch zum heutigen Zeitpunkt angezeigt, insbesondere in Anlehnung an bestimmte Sachgruppen der Rechtsmissbräuchlichkeit, wie etwa an diejenige der Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung.

Nach dem Einteilungsraster der Erkenntnisgrundlagen ergibt sich, dass der Rechtsmissbrauchsgrundsatz ein in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip ist und dank seiner ausdrücklichen Positivierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB als Generalklausel bezeichnet werden kann. Zudem ist das Prinzip in seiner Möglichkeit zufolge der allgemeinen Regelhaftigkeit des Rechts ein vorgegebenes im Sinne seiner Berichtigungsfunktion gegenüber dem Regelrecht.

Das Rechtsmissbrauchsprinzip hat keinerlei eigenen ethischen Gehalt, obschon es durchaus einem, vom Gerechtigkeitsgedanken inspirierten, ethischen Postulat Nachdruck verschafft. In Anbetracht seiner Berichtigungsfunktion hat es vielmehr einen ausgesprochen rechtstechnischen Charakter.

Hinsichtlich seines Verhältnisses zur regelhaften Rechtsordnung weicht das Prinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB erheblich vom Normalfall eines regelbildenden und spezifizierenden Rechtsgrundsatzes ab, indem es sich nämlich in seiner berichtigenden Funktion notwendigerweise in Widerspruch zu geltenden Rechtsregeln setzt.

208 Vgl. dazu oben S. 319/20, lit. d.

Gegenüber dem ein verselbständigtes Dasein als objektivierter Geist führenden Regelrecht erweist sich die Generalklausel vom Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip. Aus diesem Grunde verlangen der Gesetzgebungsprimat der ordentlicherweise dafür zuständigen Instanzen sowie, im Interesse des ausnahmsweise durchbrochenen, aber weiter in Geltung bleibenden, bestehenden Regelrechts, die Ordnungsfunktion des Rechts, dass bei der unmittelbaren Anwendung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes auf Regelbildung verzichtet wird. Auch eine Betrachtung nach wesensmässig erkannten Modellen muss bei der Anwendung des Prinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB unterbleiben, um die Verlässlichkeit und den Bestand des weiter in Geltung bleibenden Regelrechts nicht übermässig zu gefährden. Beide Hauptursachen der Regelbildung sind also bezüglich der unmittelbaren Verwendung und Konkretisierung des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht zu beachten oder verkehren sich aus besonderen Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit gewissermassen in ihr Gegenteil.

Angesichts der vielfältigen Modifikationsmöglichkeiten gegenüber der verselbständigte geistiges Dasein führenden Regelhaftigkeit muss zu grösster Zurückhaltung bei der Verwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes aufgerufen werden.

Aus dem Verzicht auf Regelbildung bei seiner Konkretisierung lässt sich der Schluss ziehen, dass die Denkform, die bei der Anwendung des Prinzips vom Rechtsmissbrauch abläuft, diejenige der Individualisierung sein muss. Weil es sich um ein regeldurchbrechendes Korrekturprinzip handelt, muss jede Regelbildung, auch nur als mittelbare, auf dem Wege des Konkretisierungsaktes selbst ausgeschlossen werden und es verbleibt hinsichtlich der Anwendungsfälle des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB nur die Sachgruppenbildung in Anlehnung an die Natur der Sache(n). Nur so kann eine verfrühte Beendigung der Durchgangsfunktion des Prinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch vermieden werden, was sonst zur Überwucherung und Verdrängung des kompetenzmässig zustande gekommenen Regelrechts führen könnte.

Das regeldurchbrechende Korrekturprinzip von Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält selbst nicht den geringsten Hinweis auf die Massstäbe zur Ermittlung eines Rechtsmissbrauches. Trotzdem müssen objektive Massstäbe dafür gefunden werden. Sie finden sich in einzelnen gesetzlichen oder richterlichen Regeln, in ganzen Regelungskomplexen oder im Grundsatz von Treu und Glauben resp. in dessen regelhaften Spezifikationen. Das einende Moment an all diesen Massstäben ist ihre Regelhaftigkeit. In der Überdehnung der geistig verselbständigten Regeln und einer entsprechenden krassen Diskrepanz dieser Regeln zu den Modellen, in Entsprechung zu welchen sie Durchschnittsfälle erfassen, findet sich nämlich die Ursache zur Möglichkeit gröblichen Auseinanderklaffens von scheinbarer, formal richtig eingenommener Rechtsposition oder Rechtshandhabung und wirklichem Recht, das dem Maximalbereich der den Regeln zugrundeliegenden Modelle nachgeformt ist. Daher geben die Regeln, in den genannten drei Erscheinungsvarianten, die Massstäbe der

Rechtsmissbräuchlichkeit und somit für das Rechtsmissbrauchsurteil ab. Diesen spezifizierten Regeln muss zum Zweck der Urteilsfindung der originale und tatsächliche Lebensvorgang in individualisierender Weise gegenübergestellt werden.

Der eigentliche Berührungspunkt der beiden Prinzipien des Art. 2 ZGB kann folgendermassen umschrieben werden: Was dem Grundsatz von Treu und Glauben, einer *lex imperfecta*, die Vermittlung eigener, wenn auch auf bloss mittelbare Weise eintretender Rechtsfolgen durch das Rechtsmissbrauchsprinzip ist, das ist dem Rechtsmissbrauchsgrundsatz in genau diesen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben als einer seiner möglichen Massstäbe. Gegenstand des Rechtsmissbrauches selber ist aber dabei nicht das Prinzip von Treu und Glauben selbst, und es gibt nur einen der verschiedenen möglichen Massstäbe der Rechtsmissbräuchlichkeit ab. Weil dieser Massstab wohl der wichtigste und, seiner mit der Folge der stetig neuen Konkretisierbarkeit verbundenen Grundsatzqualität wegen, der am häufigsten anzutreffende des Rechtsmissbrauchs ist, wird die überragende gesetzgeberische Leistung, welche die Vereinigung der beiden Grundsätze von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot in einem einzigen Gesetzesartikel darstellt, erst vollumfänglich verständlich.

Für das gesamte schweizerische Privatrecht ist dem Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch auf der Basis von Art. 2 Abs. 2 ZGB ein ausreichender Begründungszusammenhang für seine praktische Anwendung gesichert. Der Vermutung, dass für das öffentliche Recht eine generelle Übertragbarkeit des Prinzips heute noch nicht gesichert ist und dass diese Frage daher vorläufig noch offenzulassen ist, entspricht die Feststellung, dass der Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch bisher erst punktuell und nicht ganz allgemein einen zweifelsfreien Begründungszusammenhang mit dem geltenden Recht für die Belange des öffentlichen Rechts schlechthin erreicht hat.

§ 24 ABSCHLIESSENDE INHALTSBESTIMMUNG DES RECHTSMISSBRAUCHSVERBOTES

I. Vorbemerkungen

Vor dem Hintergrund aller bisherigen Erläuterungen zum Rechtsmissbrauchsprinzip soll nunmehr eine abschliessende Inhaltsbestimmung erfolgen. Dabei wird nichts mehr grundlegend Neues herauskommen, soll doch der Grundsatz mit seinem erkannten Gehalt gewahrt bleiben. Im Vordergrund dieses Unterfangens steht daher die präzise Bestimmung des eigentlichen Gegenstandes des Rechtsmissbrauchs, die Antwort auf die Frage, was denn nun tatsächlich "missbraucht" wird¹. Sodann sind noch einige Bemerkungen zur Bedeutung des Wortes "offenbar" in der das regeldurchbrechende Korrekturprinzip des Rechtsmissbrauchsverbots verkörpernden Formel von Art. 2 Abs. 2 ZGB anzufügen².

II. Der eigentliche Gegenstand des Rechtsmissbrauches

A. Der Gegenstand der regeldurchbrechenden Korrektur

1. Einleitende Bemerkungen

Nicht die Massstäbe der Rechtsmissbräuchlichkeit oder die Kriterien ihrer Bestimmung sollen nunmehr wiederholt werden³, sondern es geht um die Beantwortung der Frage, was missbraucht wird, wenn das regeldurchbrechende Korrekturprinzip vom Rechtsmissbrauch und seiner Untersagung seine berichtigende Kraft entfaltet⁴. Wenn von Rechtsmissbrauch die Rede ist, dreht sich alles immer um die Folgen der verselbständigten Regelhaftigkeit des Rechts⁵. Die Regeln des Rechts entstehen in Anlehnung an wesensmässig erkannte, der Gattung oder Art nach bestimmte Modelle von Lebensereignissen; sie müssen in Entsprechung zu diesen

1 Vgl. dazu unten S. 355 ff., Ziff. II.

2 Vgl. dazu unten S. 364 ff., Ziff. III.

3 Vgl. dazu oben S. 335 ff., lit. C.

4 Vgl. zur Berichtigungsfunktion rekapitulierend und mit weiteren Verweisungen oben S. 325/26, lit. A.

5 Vgl. allgemein zu dieser Verselbständigungstendenz oben S. 70/1, lit. A.; ferner noch zum Verhältnis dieser Tendenz zum Rechtsmissbrauchsverbot oben S. 346/47, Ziff. 5., sowie zusammenfassend auch S. 352 ff., in Ziff. VI.

Erkenntnissen geprägt werden⁶ und erfassen in diesem Sinne Durchschnittsfälle⁷. Die der Regelbildung entsprechenden geistigen Tätigkeiten des Denkens bewegen sich daher immer im Spannungsfeld zwischen Gattungsalgemeinem und Art-besonderem⁸.

Die ein verselbständigtes geistiges Dasein führenden Rechtsregeln können in ihrer praktischen Verwendung durch die jeweils Beteiligten in geringerem oder auch sehr grossem Masse von den ihnen zugrundeliegenden Modellen abweichen. Ferner ist es möglich, dass dem der Regel zugrunde gelegten Modell in den sich tatsächlich ereignenden Geschehnisabläufen ein wesensmässig erkennbares anderes Modell gegenübertritt. Und zum dritten ist denkbar, dass vom Standpunkt der Richtigkeit, also letztlich der Gerechtigkeit aus betrachtet ein bestimmtes Verhalten im Einzelfall der rechtlichen Beurteilung für besser erachtet werden muss als die Lösung der verselbständigten Regel⁹. Da das Rechtsverständnis wesentlich von der Regelhaftigkeit geprägt ist, wird es, neben manchen Möglichkeiten der Regelmodifikation¹⁰, in den Fällen, wo ein Rechtsmissbrauch bejaht wird, berichtigt, weshalb die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip erkannt worden ist¹¹. In den soeben aufgezählten verschiedenen Möglichkeiten des Abweichens zwischen Regel und Modell ist jetzt der Ausgangspunkt für die Ermittlung des eigentlichen Gegenstandes des Missbrauchs eines Rechtes zu beziehen.

2. Die Diskrepanz zwischen verselbständigter Regel und ihr zugrundeliegendem Modell und der Rechtsmissbrauch

In einer ersten Gruppe von Fällen, bei deren Beurteilung sich die Möglichkeit, rechtsmissbräuchliches Handeln feststellen zu müssen, ergeben kann, klaffen das wesensartig zu erkennende Modell, dem sie nachgeformt worden ist, und die verselbständigte Dasein führende Regel auseinander. Ihre Verschiedenheit kann jedoch von sehr kleinen bis zu sehr grossen Abweichungen reichen¹². Wenn das Mass dieser Abweichungen nun objektiv – unabhängig von Fragen des Verschuldens oder der Schädigungsabsicht¹³ – als gröblich überzogen angesehen werden muss und dem unter Verwendung aller Mittel und Elemente der methodischen Auslegung und

6 Vgl. dazu allgemein oben S. 53 ff., Ziff. III., bes. S. 55/6, Ziff. 1., sowie S. 56 ff., Ziff. 1.

7 Vgl. dazu allgemein oben S. 58, Ziff. 2.

8 Vgl. dazu allgemein oben S. 58/9, Ziff. 3., sowie S. 116/17, Ziff. 5.

9 Vgl. zu den genannten Verhältnissen zwischen Modellen und verselbständigtem Regelrecht auch schon oben S. 326 ff., Ziff. 1.

10 Vgl. dazu rekapitulierend und mit weiteren Verweisungen oben S. 327/28, nach Anm. 88.

11 Vgl. dazu oben S. 328/29, Ziff. 2.

12 Vgl. dazu illustrierend das Beispiel oben S. 336 ff., Ziff. 2.

13 Diese Fragen treten höchstens als zusätzlich zu beachtende Tatbestandselemente in Erscheinung; vgl. dazu oben S. 185, Ziff. 2.

Füllung von Lücken intra legem und von echten Lücken nicht beizukommen ist, kann der regeldurchbrechende Korrekturereingriff mittels des Rechtsmissbrauchsverbotes nötig werden¹⁴. Dass die Überdehnung des vom Grundmodell abweichenden Regelrechts in seiner verselbständigten Daseinsweise eine krasse sein muss, um ein Rechtsmissbrauchsurteil zu gestatten, erklärt sich daraus, dass einerseits die Ergebnisse der vorangehenden Auslegungs- und Lückenfüllungstätigkeit nicht immer zu völlig gesicherten und in allgemeiner Anerkennung gefestigten Resultaten führt und dass zudem auch die Erkenntnis des der Regel zugrundeliegenden Modelles auf dem Wege der phänomenologischen Betrachtung der Lebensabläufe keineswegs immer auf Anhieb mit vollkommener Sicherheit abgeschlossen werden kann; auf der anderen Seite ist ein berichtigendes Durchbrechen der bestehenden Regel eben nur dort zu verantworten, wo die genannte Abweichung trotz der vorstehend aufgezählten Unsicherheitsfaktoren bei ihrer Ermittlung objektiv und eindeutig festzustellen ist. Liegt eine solche, mit den Mitteln der Auslegung und der Füllung von echten und Lücken intra legem nicht mehr zu bewältigende¹⁵, krasse Überdehnung der verselbständigten Regelhaftigkeit in ihrem Verhältnis zum wesensmässigen Modell der Regel vor, so kann und muss das Beharren auf der betreffenden Rechtsposition oder die betreffende Rechtshandhabung als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden und es liegt ein Rechtsmissbrauch vor. Dann ist ein Rechtsmissbrauchsurteil gerechtfertigt und der betreffenden Rechtslage oder Rechtsausübung wird in regeldurchbrechender, korrigierender Weise der Rechtsschutz verweigert. Mögliche andere Handhabungen der fraglichen Rechtsposition bleiben davon unberührt¹⁶.

Aus der Sicht der Lehre von den Lücken des Gesetzes decken sich diese Fallgruppen wohl mit der unter legislativpolitischem Aspekt unvollkommenen Gruppe der unechten Lücken¹⁷. Als Beispiele solcher, aus legislativpolitischer Sicht unvollkommener und daher mit dem Rechtsmissbrauchsverbot zu korrigierender Lücken wären etwa die Fallgruppen der Scheinehe¹⁸ oder der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Formvorschriften zu nennen, sofern man die letztere überhaupt noch als Rechtsmissbrauchsfallgruppe betrachten will¹⁹.

14 Die Frage nach dem regelberichtigenden Eingriff kann immer erst nach Beendigung der gesamten anderen Rechtsfindungstätigkeit einsetzen, d.h. nachdem, in der Terminologie dieser Arbeit, auch alle möglichen Mechanismen der Regelmodifikation gegenüber der Regelhaftigkeit des Rechts ausgeschöpft worden sind; vgl. dazu schon oben S. 331/32, lit. c.

15 Vgl. dazu die oben S. 322/23, vor Anm. 61, angeführte Wendung über "auslegungsmässig nicht zu bereinigende Tatbestände" bei Merz, N 24 zu ZGB 2.

16 In diesem Sinne wohl auch Merz, N 28 a.E. zu ZGB 2.

17 Vgl. zu dieser Art von unechten Lücken Meier-Hayoz, N 275/76 zu ZGB 1.

18 Vgl. dazu oben S. 339 ff., Ziff. 3.; in diesem Sinne auch Meier-Hayoz, N 297 zu ZGB 1.

19 Vgl. die Einordnung dieser Fallgruppe beim Rechtsmissbrauch bei Meier-Hayoz, N 298 zu ZGB 1, unter Hinweis auf Merz, N 461 ff. zu ZGB 2, sowie Meier-Hayoz, N 140 ff. zu ZGB 657; ferner zur Möglichkeit, diese Fälle nicht mehr dem Rechtsmissbrauch unterzuordnen, unten S. 390 ff., Ziff. 2.

3. Die Diskrepanz zwischen einem wesensmässig erkennbaren neuen Modell im Tatsächlichen und verselbständiger Regel und der Rechtsmissbrauch

Wenn ein neues, vom der betreffenden Regel zugrundeliegenden verschiedenes Modell von Verhaltensweisen in den tatsächlichen Lebensvorgängen zu erkennen ist, tritt es als Ausfluss des lebendigen Geistes oder der lebenden Anschauungen dem in der Regel verkörperten objektivierten Geist gegenüber²⁰. Kann die Auslegung bei der Rechtsanwendung dieses Modell nicht als von der Regel erfassten Durchschnittsfall erklären²¹ oder will sie das aus bestimmten Gründen nicht zulassen²², so geraten die Regel in ihrem eigenständigen geistigen Dasein und das in ihrem Wirkfeld liegende neue tatsächliche Modell in Widerstreit zueinander. Verfestigt sich dieses Modell in den wirklichen Lebensverhältnissen und lässt es sich nicht vom Bereich, den die fragliche Norm regelt, abtrennen und als echte Lücke des Gesetzes, in Anwendung der Vorschriften von Art. 1 ZGB, einer lückenfüllenden neuen Regel unterstellen, dann wäre es wohl in erster Linie der Gesetzgebung aufgetragen, die betreffenden Probleme einer (Neu-)Regelung zuzuführen. Geschieht das aus irgendwelchen hier nicht näher zu verfolgenden Gründen nicht, so erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Rechtsmissbrauchsurteilen kommt²³. Wenn nämlich nach all diesen Vorabklärungen die Diskrepanz zwischen der verselbständigtes Dasein führenden Regel und dem neuen, modellartig erkannten Verhalten in den tatsächlichen Lebensbeziehungen in aufdringlichster Weise überdehnt wird, dann kann das zu beurteilende regelkonforme Verhalten ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich sein. Ihm muss der Rechtsschutz mittels regeldurchbrechenden Korrekturingriffs auf der Basis von Art. 2 Abs. 2 ZGB verweigert werden. Die Ursachen dafür, dass auch hier die Abweichung eine offensichtlich krasse sein muss, sind im wesentlichen dieselben, die schon hinsichtlich der Diskrepanz zwischen Regel und ihr zugrundeliegendem Modell dargestellt worden sind; es darf daher auf jene Ausführungen verwiesen werden²⁴.

Von der Warte einer Einteilung der Lückenarten des Gesetzes aus wären diese Fallgruppen der aus realistischen Blickwinkel unvollkommenen Art von unechten Lücken zu unterstellen²⁵. Ein Beispiel bildet die Fallgruppe von rechtsmissbräuch-

20 Vgl. zur Denkbarekeit einer solchen Konstellation schon oben S. 70/1, nach Anm. 100.

21 Hier wäre vor allem an die Regelmodifikationsmöglichkeiten einer veränderten (Neu-)Interpretation der Regel zu denken; vgl. dazu allgemein oben S. 74/5, lit. c.

22 Diese Gründe müssten sich aus einem Aspekt der Auslegung oder auch aus der unumstösslichen Gewissheit ergeben, dass das früher erkannte wesensmässige Modell, das hinter der Regel steht, der Regel unabänderlich zugrunde liegt.

23 Vgl. in diesem Zusammenhang auch nochmals die Gedanken zur möglichen Revisionsbedürftigkeit bestimmter Regeln oder ganzer Erlasse, wenn es zu Häufungen von Rechtsmissbrauchsurteilen kommt, oben S. 331/32, nach Anm. 112.

24 Vgl. dazu oben S. 357, nach Anm. 14.

25 Vgl. zu dieser Gruppe von unechten Lücken Meier-Hayoz, N 275 und 277 zu ZGB 1.

lichem Weiterbezug der bei der Ehescheidung dem einen Teil zugesprochenen Unterhaltsbeiträge, weil eine erneute Verheiratung im Sinne der Regel von Art. 153 Abs. 1 ZGB unterbleibt, obwohl das tatsächliche Verhalten gerade das Umgekehrte ausweist. Auf dieses Beispiel wird in anderem Zusammenhang noch ausführlicher eingegangen werden²⁶. In all diesen Fällen bleibt im übrigen in besonderem Ausmasse zu beachten, dass der Richter nicht die umfassenden Gestaltungsfreiheiten des Gesetzgebers hat²⁷.

4. Die Diskrepanz zwischen verselbständigter Regel und der Forderung nach richtiger rechtlicher Beurteilung des Falles in seiner Einzigartigkeit und der Rechtsmissbrauch

Wenn wiederum nach Ausschöpfung aller Mittel der Auslegung und der Füllung von Lücken *intra legem* und echten Lücken das so ermittelte Ergebnis einem Fall gegenübergestellt werden muss, dessen rechtliche Beurteilung gemäss diesem Ergebnis sog. stossend wäre, so regt sich die Forderung nach der Richtigkeit im Recht. Sie ist als solche ein sehr direkter Ausfluss des Gerechtigkeitsgedankens, eines der konstitutiven Elemente der Rechtsordnung also²⁸, und hat daher auch nur den Charakter einer Forderung. Es kann nämlich nicht Aufgabe des Rechts sein, immer die richtigste aller Lösungen im rechtlichen Urteil zu verwirklichen: Das müsste – abgesehen von der Schwierigkeit, nicht immer das Richtigeste erkennen zu können²⁹ – einem weiteren konstitutiven Element der Rechtsordnung, der Rechtssicherheit, abträglich sein³⁰. Bei der rechtlichen Beurteilung eines ausnahmsweise als einzigartig zu betrachtenden Falles kann nun die Diskrepanz zwischen dem Erfordernis nach genügender Richtigkeit des Urteils bezüglich der Eigenheiten gerade

26 Vgl. dazu unten S. 376/77, lit. b.

27 Vgl. dazu schon oben S. 326, Ziff. 2., sowie vor allem S. 329/30, lit. a.

28 Vgl. dazu allgemein oben S. 50/1, Ziff. 1., sowie S. 51, Ziff. 2.

29 Ein Konsens bezüglich des qualifiziert Unrichtigen, des schlechthin Unhaltbaren oder des offensichtlich Inakzeptablen wird immer eher zu erzielen und in individueller Fallbetrachtung zu finden sein als die Kennzeichnung des garantiert Richtigen, geschweige denn des Richtigsten, falls es überhaupt existent ist, unter verschiedenen auch richtigen, mehr oder weniger richtigen Varianten. Es gibt eben auch den grossen Bereich des zumindest auch Richtigen oder des möglicherweise (immerhin noch) Richtigen; vgl. dazu übrigens auch oben S. 303/04, nach Anm. 14, bezüglich der Entsprechung des Handelns gegenüber dem ethischen Grundsatz von Treu und Glauben.

Bezüglich des Rechtsmissbrauchsverbotes liesse sich diese Schwierigkeit bei der Ermittlung des Richtigen in folgender, etwas seltsam klingender Formel zusammenfassen: Falscheres als (teilweise) Richtiges ist nicht schon rechtsmissbräuchlich; dafür bedarf es eines krassen Abweichens von den Anforderungen der Richtigkeit. Vgl. ferner dazu auch noch oben S. 69, Anm. 92.

30 Vgl. dazu oben S. 51, Ziff. 2.

dieses Falles und der ein verselbständigtetes Dasein führenden Regel derart krass werden, dass das Beharren auf der regelkonform eingenommenen Rechtsposition oder ebensolcher Rechtsausübung keinen Rechtsschutz finden kann. Auch dabei ist zu beachten, dass der regeldurchbrechende Korrektureingriff durch das Rechtsmissbrauchsurteil nur in ausgesprochen krassen Fällen der aufgezeichneten Diskrepanz stattfinden darf, weil die Richtigkeit der rechtlichen Beurteilung normalerweise durch die Regeln sichergestellt ist und der genannten Schwierigkeit zur Bestimmung der Richtigkeit wegen.

Sollte sich ein solches Richtigkeitsdefizit der Regel gar an einem neuen Modell, das Rechtsmissbräuche wahrscheinlich macht³¹, offenbaren, dann wäre der Ruf nach einer Neuregelung durch den Gesetzgeber wohl sehr laut zu vernehmen.

Im Rahmen der Einteilung der Lücken des regelhaft geformten Rechts wären dies die vom Standpunkt des richtigen Rechts aus betrachtet unvollkommenen Fallgruppen unechter Lücken³². Ein deutliches Beispiel für diese ausnahmsweise nach dem korrektorischen Eingriff des Rechtsmissbrauchsverbotes rufenden Fallgruppen ist die seltene Durchbrechung der an sich schon Ausnahmefälle ordnenden Regel von Art. 66 OR³³.

5. Die Gemeinsamkeit der genannten Diskrepanzen; der eigentliche Gegenstand des Rechtsmissbrauches

Allen drei behandelten Varianten ungewöhnlicher Konstellationen zwischen regelhaftem und verselbständigtem Recht einerseits und der Wirklichkeit der Lebensereignisse andererseits, die ausnahmsweise und dort, wo sie mit den Mitteln der Regelmodifikation der Beurteilung nicht zugänglich gemacht werden können, zu Rechtsmissbrauchsurteilen führen können, ist eines gemeinsam: Es ist immer die *krasse Überdehnung der Regelhaftigkeit des* – eigenes geistiges Dasein führenden – *Regelrechts*, welche die *Ursache des Rechtsmissbrauchsurteils* abgibt.

Gegenstand des Rechtsmissbrauchs selber sind daher weder die Rechte noch die tatsächlichen Lebenslagen, sondern missbraucht wird im einzelnen Fall, der ein regeldurchbrechendes Korrektururteil bringt, – im eigentlichen Sinne des Wortes Missbrauch – *die Regelhaftigkeit vertraglichen, gewohnheitsrechtlichen, richterlichen oder gesetzten (Regel-)Rechts*.

31 Im Sinne der oben S. 358/59, Ziff. 3., dargestellten Variante von Fällen von aus realistischem Blickwinkel unvollkommenen unechten Lücken; vgl. bes. S. 358, vor Anm. 23.

32 Vgl. zu dieser Art von unechten Lücken Meier-Hayoz, N 275 und 278 zu ZGB 1.

33 Vgl. dazu oben S. 336 ff., Ziff. 2., bes. S. 337 ff., lit. b.

B. Folgerung: Das Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des Rechts)

1. Zusammenfassende Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes

a) Der Inhalt des Rechtsmissbrauchsverbotes

Missbrauch eines Rechtes im Sinne der in Art. 2 Abs. 2 ZGB verkörpert General Klausel ist nicht gleichzusetzen mit der Vorstellung von Missbräulichkeit des alltäglichen Sprachgebrauchs³⁴. Inhalt des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eben das Verbot des *Rechtsmissbrauches*. Missbraucht werden im Sinne dieses Prinzips kann die Regelhaftigkeit allen regelhaften Rechts; die Regelhaftigkeit des Regelrechtes selbst bildet den eigentlichen Gegenstand des Rechtsmissbrauches³⁵. Das gilt für alle möglichen Konstellationen krassen Abweichens verselbständigter Regeln von der Wirklichkeit der Lebensvorgänge³⁶. Das Verbot des Prinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB richtet sich gegen diesen Missbrauch der Regelhaftigkeit des Rechts; es versagt diesem Gebrauch des regelhaften Rechts, weil er ein Missbrauch desselben ist, den Rechtsschutz.

Weil dieses Verbot in der Form des Prinzips gemäss dem hier vertretenen Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes ergeht, kann der Inhalt des in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltenen Prinzips abschliessend als *regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauches der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts)* umschrieben werden, das gegenüber dem regelhaften Charakter der geltenden Rechtsordnung einzig zum Zweck der ausnahmsweisen Durchbrechung weiterbestehender Regeln geschaffen worden ist und in der Form eines allgemeinen Grundsatzes in der geltenden Rechtsordnung enthalten ist³⁷. Im Sinne der beschriebenen Konstellationen können tatsächlich bloss scheinbares, weil in seiner Verselbständigung als objektivierter Geist überdehntes, und wirkliches, d.h. modellgemässes Recht auseinanderklaffen³⁸. Das Wort "krass" steht in obiger Umschreibung des Inhalts des Rechtsmissbrauchsverbotes in Klammern, weil sich bei der näheren Betrachtung der Varianten von Diskrepanzen zwischen Regeln und tatsächlichen Lebensabläufen gezeigt hat, dass weniger bedeutsame Abweichungen nie zur Qualifikation eines

34 Darauf ist schon oben S. 316, vor Anm. 24, hingewiesen worden.

35 Vgl. dazu oben S. 360, Ziff. 5.

36 Vgl. zu den einzelnen denkbaren Konstellationen dieses Abweichens oben S. 356/57, Ziff. 2., S. 358/59, Ziff. 3., sowie S. 359/60, Ziff. 4.

37 Vgl. allgemein zu den Eigenschaften eines regeldurchbrechenden Korrekturprinzips oben S. 77, lit. a, sowie S. 81, Ziff. 3.

38 Vgl. zum möglichen Auseinanderklaffen von scheinbarem und wirklichem Recht Merz, N 21 zu ZGB 2.

Rechtsmissbrauches ausreichen³⁹. Im Verhältnis zum gesetzten, gewohnheitsrechtlichen und Lücken derselben füllenden Richterrecht – soweit Lücken intra legem oder echte Lücken gefüllt werden – bilden die Fälle des Rechtsmissbrauchs die sog. unechten Lücken des Regelrechts⁴⁰. Umgekehrt formuliert bedeutet das, dass in Art. 2 Abs. 2 ZGB die positivrechtliche Anerkennung der Existenz von unechten Lücken des Regelrechts ausgesprochen worden ist⁴¹.

Vom eigentlichen Gegenstand des Rechtsmissbrauchs können m.E. die Massstäbe, welche das Rechtsmissbrauchsurteil ermöglichen, unterschieden werden⁴². Sie werden aber nicht selber missbraucht, sondern geben nur den jeweiligen regelhaften Massstab ab, dessen Regelhaftigkeit überdehnt und die daher vom Rechtsmissbrauchsgrundsatz ausnahmsweise ausgeschaltet wird. Wenn also der Grundsatz von Treu und Glauben den Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit abgibt, wird nicht die Aussage des Grundsatzes, sondern die Regelhaftigkeit seiner spezifizierend geformten Konkretionen missbraucht und dem korrektiven, regeldurchbrechenden Eingriff unterworfen⁴³. Spricht man dennoch vom Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn dieses Prinzip als Massstab für die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs benutzt wird, so ist damit eine verkürzende Formel für den Missbrauch der Regelhaftigkeit einer seiner Konkretionen gegeben. Hier muss dann freilich – und das sollte ganz besonders betont werden – von einem krassen Verstoss gegen Treu und Glauben die Rede sein, wenn man von der verkürzenden Formel Gebrauch machen will, um den „Funktionsunterschied von Abs. 1 und Abs. 2“⁴⁴ des Art. 2 ZGB genügend hervorzuheben⁴⁵.

b) Das Rechtsmissbrauchsverbot als ultima ratio

“Entgegen der absoluten Formulierung des in Frage stehenden Rechtes”⁴⁶ kann demnach im Falle des umschriebenen extremen Abweichens der Regel in ihrer selbstständigen Daseinsweise das Rechtsmissbrauchsverbot eingreifen. Es ist mehrfach betont worden, dass die gesamte Rechtsfindungstätigkeit vorgängig abgeschlossen worden sein muss, um dann, zusätzlich, einen eventuellen Rechtsmissbrauch

39 Vgl. dazu oben S. 357, nach Anm. 14, S. 358, vor und in Anm. 24, sowie S. 359/60, vor und nach Anm. 30, sowie S. 359, in Anm. 29.

40 In diesem Sinne auch Meier-Hayoz, N 297 zu ZGB 1; vgl. dazu oben S. 357, vor Anm. 17, S. 358, vor Anm. 25, sowie S. 360, vor Anm. 32.

41 Vgl. in diesem Sinne Meier-Hayoz, N 295/96 zu ZGB 1, sowie Merz, N 25 zu ZGB 2.

42 Vgl. dazu oben S. 335 ff., lit. C.

43 Vgl. dazu oben S. 343 ff., Ziff. 4.; ferner auch S. 346/47, Ziff. 5.

44 Vgl. Merz, N 25 zu ZGB 2.

45 Vgl. dazu ausführlicher oben S. 343 ff., lit. a; ferner auch bes. S. 348/49, lit. B.

46 Vgl. Merz, N 58 zu ZGB 2.

beurteilen zu können. So ist beispielsweise eine Überschreitung des Eigentums im Sinne von Art. 679 ZGB eine Auslegungsfrage und erst anschliessend an diese Rechtsfindungstätigkeit kann die Prüfung auf einen eventuellen Rechtsmissbrauch erfolgen^{47,48}. Aus diesen Gründen kann abschliessend hervorgehoben werden, dass die korrigierende Generalklausel vom *Rechtsmissbrauchsverbot* immer eine *ultima ratio*, einen allerletzten Ausweg darstellt. Daran muss immer festgehalten werden⁴⁹. Als solches *letztes Mittel* der Rechtsanwendung kann das Prinzip aber, mit sehr wenigen Ausnahmen, gegenüber allem Regelrecht, sei es gesetzlichen, gewohnheitsrechtlichen, richterlichen oder rechtsgeschäftlichen Ursprunges, zur Anwendung gelangen⁵⁰.

Der Grundsatz von Art. 2 Abs. 2 ZGB kann nun gerade in seiner Funktion, bestehendes und weiter in Geltung bleibendes Regelrecht ausnahmsweise und allein der Überdehnung seiner Regelhaftigkeit wegen zu durchbrechen, nur individualisierend konkretisiert werden. Nur so kann nämlich m.E. festgestellt werden, ob ein der rechtlichen Beurteilung unterliegender Fall in seiner Einzigartigkeit eine Realisierung einer der dargestellten Möglichkeiten von Diskrepanzen zwischen verselbständigter Regel und tatsächlicher Wirklichkeit der Lebensereignisse ist. Mit der individualisierenden Betrachtung wird dann zugleich der ausgeprägte Ausnahmecharakter der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes sichergestellt⁵¹.

2. Anhang: Zu den Möglichkeiten des Ausschlusses der Korrektur auf Grund des Rechtsmissbrauchsverbots

In rechtsgeschäftlichen Regelungen können der Rechtsmissbrauch und seine Folge der Verweigerung des Rechtsschutzes auch bei Vorliegen eines Missbrauchs der Regelhaftigkeit der Abmachungen, der auslegungsmässig an sich nicht geklärt

47 Art. 679 ZGB lautet unter dem Randtitel "Verantwortlichkeit des Grundeigentümers" wie folgt: "Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen."

48 Vgl. dazu Meier-Hayoz, N 34/5 zu ZGB 679, bes. auch N 87 daselbst, wo auch der folgende Satz steht: "Denn Missbrauch des Eigentumsrechts (ZGB 2 II) kann nicht gleichzeitig Überschreitung des Eigentumsrechts sein"; die Hervorhebungen des Originals sind weggelassen worden.

49 Vgl. dazu auch oben S. 331/32, lit. c.

50 Vgl. zu diesen Ausnahmen sogleich S. 363/64, Ziff. 2.

51 Vgl. ausführlicher zum Nachweis der Individualisierung als der Geistestätigkeit bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes unten S. 368 ff., § 25.

werden kann, „gestützt auf präzise Abmachung“⁵², die keinerlei Zweifel offenlässt, vollständig ausgeschlossen werden⁵³.

Auch der unmissverständliche Wille des Gesetzgebers könnte die Korrekturmöglichkeit auf Grund des Prinzips, das in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthalten ist, ausschliessen⁵⁴. Insbesondere im öffentlichen Recht werden solche Gesetzesvorschriften – was auch im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip zu sehen ist – eher häufig anzutreffen sein⁵⁵.

III. Die Bedeutung des Elementes „offenbar“ in der Umschreibung des Rechtsmissbrauchsverbotes

A. Keine selbständige Bedeutung

Das in Art. 2 Abs. 2 ZGB verkörperte Rechtsmissbrauchsprinzip als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip gegenüber der Regelhaftigkeit rechtlicher Betrachtungsweise ist im Gesetzeswortlaut dahingehend umschrieben worden, dass „der *offenbare* Missbrauch eines Rechtes“ keinen Rechtsschutz finde. Dem Element der Offensichtlichkeit in der gesetzlichen Umschreibung kommt aber *keine selbständige Bedeutung* zu. Es hat sich nämlich gezeigt, dass, auch ohne Berücksichtigung des Wortes *offenbar* in Art. 2 Abs. 2 ZGB, nur eine krasse Überdehnung der verselbständigten Regelhaftigkeit des Rechts überhaupt mit genügender Sicherheit festgestellt werden kann⁵⁶. Das bestätigt wohl auch die späte Einfügung des Wortes *offenbar* in die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 ZGB anlässlich ihres Entstehens⁵⁷. Man könnte daher geneigt sein, diesen Ausdruck als überflüssig abzutun.

52 Vgl. Merz, N 103 zu ZGB 2.

53 Darauf ist schon oben S. 325/26, nach Anm. 78, hingewiesen worden; im übrigen müsste sich die Eindeutigkeit einer solchen rechtsgeschäftlichen Klausel mit den Mitteln der Auslegung, also insbesondere auch unter Benutzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, erkennen lassen.

54 Vgl. dazu Egger, N 29 zu ZGB 2, sowie Merz, N 66, 96–98, 443, 506 und 583 zu ZGB 2, mit weiteren Hinweisen.

55 Vgl. dazu auch schon oben S. 316/17, bei Anm. 26.

56 Vgl. dazu oben S. 361/62, nach Anm. 38, sowie die Verweisungen auf weitere Ausführungen dazu in Anm. 39 auf S. 362.

57 Vgl. dazu Merz, N 16 a.E. zu ZGB 2.

B. Grosse praktische Bedeutung

Die schon mehrfach angesprochene Tendenz, den zweiten Absatz von Art. 2 ZGB dem ersten des gleichen Artikels gleichzusetzen, bescheinigt aber dem Wort offenbar in der gesetzlichen Umschreibung des Rechtsmissbrauchsverbots eine *sehr grosse praktische Bedeutung*, indem es nämlich unmissverständlich zu einem besonderen Vorgehen bei der Beurteilung eines Rechtsmissbrauches auffordert. Insofern ist in diesem Element die Aufforderung zur Trennung zwischen den Funktionen der beiden Absätze des Art. 2 ZGB festgeschrieben worden. Das heisst mit anderen Worten eben, dass die regeldurchbrechende Korrektur mit anderen Denkopoperationen als und erst nach jenen der vorangehenden – auslegenden und lückenfüllenden – Rechtsfindungstätigkeit erfolgen muss. Ferner verstärkt das Erfordernis der Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauches die Überzeugung von der Zurückhaltung, die bei seiner Verwendung obwalten soll. “Die Mahnung” zu ausgeprägter Zurückhaltung “wird unterstrichen durch das gesetzliche Erfordernis ‘offenbaren’ Rechtsmissbrauchs”⁵⁸. Und zu guter Letzt ist es doch zu begrüßen, wenn die Forderung nach einem besonders auffälligen und krassen Mangel an Übereinstimmung der Regel in ihrer Verselbständigung mit den Lebensvorgängen durch die Einfügung des Elementes der Offensichtlichkeit nachdrücklich bekräftigt worden ist. “Nur das schlechthin”, auf Grund der dargestellten Diskrepanzen⁵⁹, “nicht mehr zu Billigende darf durch normberichtigendes Urteil des Rechtsschutzes beraubt werden”⁶⁰. Insofern ist immer ein qualifizierter Verstoss nötig, um die regeldurchbrechende Korrektur auszulösen; Aufgabe des Rechtsmissbrauchsverbotes ist nur die Verhinderung qualifizierter, ganz erheblicher Überdehnungen der Regelhaftigkeit des Regelrechts und nur dem Beharren auf so extremen Rechtspositionen oder dementsprechender Rechtshandhabung ist der Rechtsschutz zu verweigern.

Bei entsprechender Bereitschaft und Erwartungshaltung des Bewusstseins könnte man versucht sein, aus dem Element der Offensichtlichkeit sogar eine Aufforderung zu nicht spezifizierender und folglich zu individualisierender Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes herauszulesen⁶¹. Als zusätzliches Indiz für diese Konkretisierungsform, aber auch höchstens als solches Anzeichen, darf das Wort offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB m.E. schon eher bewertet werden⁶².

58 Vgl. Merz, N 40 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

59 Vgl. dazu oben S. 356–360, Ziff. 2., 3. und 4.

60 Vgl. Merz, N 40 zu ZGB 2.

61 Als einzige Konkretisierungsform verbleibt nach der Spezifizierung für allgemeine Rechtsgrundsätze nur noch die inhaltlich geschlossene Denkopoperation des Individualisierens als des Abstellens auf das Einzigartige; vgl. dazu allgemein oben S. 121, Ziff. 1., mit weiteren Hinweisen auf frühere Ausführungen.

62 Vgl. zur Individualisierung als der Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes unter Anführung von Belegen unten S. 368 ff., § 25.

Zusammenfassend darf festgehalten werden, dass der Anforderung von Art. 2 Abs. 2 ZGB, es müsse ein *offenbarer* Rechtsmissbrauch vorliegen, damit der Rechtsschutz verweigert werden dürfe und müsse, *eminent grosse praktische Bedeutung* zugemessen werden muss.

IV. Resultate

Eine nähere Betrachtung des eigentlichen Gegenstandes des Rechtsmissbrauchs hat die Regelhaftigkeit des Rechts und rechtlicher Betrachtungsweise als Objekt des Missbrauches eröffnet. Es werden also weder Rechte noch tatsächliche Lebenslagen missbraucht, wenn von Rechtsmissbrauch die Rede ist. Die Regelhaftigkeit wird nur in Fällen missbraucht, wo sie in ihrem Verhältnis zum der Regel zugrundeliegenden Modell oder zu einem wesensmässig erkennbaren neuen Modell im Tatsächlichen oder zur Forderung nach richtiger Beurteilung des Falles in seiner Einzigartigkeit in gröblichster Weise überdehnt wird.

Die Generalklausel des Art. 2 Abs. 2 ZGB kann daher als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des Rechts) umschrieben werden. Im Rahmen der genannten Überdehnungen trifft die Formel vom Auseinanderklaffen von scheinbarem und wirklichem Recht den Kern der Rechtsmissbrauchsproblematik mit beinahe nicht zu übertreffender Anschauungskraft.

Eine Untersuchung, ob ein Rechtsmissbrauch vorliege, kann erst nach vollständigem Abschluss des gesamten Rechtsfindungsvorganges – unter Einschluss einer phänomenologischen Analyse – erfolgen. Die Verwendung des korrigierenden und regeldurchbrechenden Rechtsmissbrauchsprinzips ist immer der letzte Ausweg, nachdem der zu beurteilende Fall vorgängig mit den Mitteln der Rechtsfindung und somit allen zur Verfügung stehenden Mitteln der Regelmodifikation nicht hat endgültig entschieden werden können. Insofern ist das Rechtsmissbrauchsverbot eine ultima ratio der Rechtsanwendung. Es gilt – mit seinem Objekt der Regelhaftigkeit – gegenüber allem Regelrecht, gleichviel, ob es rechtsgeschäftlicher, richterlicher, gewohnheitsrechtlicher oder gesetzlicher Herkunft ist. Seiner Aufgabe wegen muss seine Konkretisierungsform daher jene der Individualisierung, des Abstellens auf das Einzigartige des zur Beurteilung anstehenden Falles sein.

Unmissverständliche Anordnung des Gesetzgebers und ausdrückliche und eindeutige Abmachung der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien vermöchten die regeldurchbrechende Korrektur der Regelhaftigkeit auszuschliessen.

Wenn auch theoretisch auf das Element "offenbare" in der Umschreibung des Prinzips in Art. 2 Abs. 2 ZGB verzichtet werden könnte, gibt es doch dreifachen Anlass, weshalb es ausserordentlich grosse praktische Bedeutung hat: Eine inhaltliche Gleichsetzung der Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB mit nur

jeweils umgekehrtem Vorzeichen ist dadurch unmissverständlich ausgeschlossen; die Mahnung zur Zurückhaltung bei Rechtsmissbrauchsurteilen wird dadurch bestärkt; das Erfordernis eines krassen Ausmasses der Verselbständigung und des Abweichens der Regeln von der Wirklichkeit der Lebensvorgänge, um gegen die Regelmäßigkeit ebendieser Regeln mit dem Rechtsmissbrauchsverbot vorgehen zu dürfen, wird mit Nachdruck bestätigt.

Damit ist das Ende der Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 Abs. 2 ZGB erreicht. Es kann daher zur Betrachtung seiner Konkretisierungsform und seiner Anwendbarkeit übergegangen werden. Das wird im nächsten Kapitel geschehen.

6. KAPITEL

DIE DEM RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT ZUGEHÖRIGE KONKRETISIERUNGSFORM UND DIE ANWENDBARKEIT DES PRINZIPS

§ 25 DIE KONKRETISIERUNGSFORM DES RECHTSMISSBRAUCHSVERBOTES

I. Vorbemerkungen

A. Theoretisch gesicherte Grundlagen

Die Untersuchung der prinzipiellen Aussage von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat ergeben, dass beim Konkretisierungsvorgang des regeldurchbrechenden Korrekturgrundsatzes selber auf Regelbildung verzichtet werden muss¹. Weil mit der Regelbildung die spezifizierende Betrachtung notwendig einhergeht², muss die Konkretisierungsform bei der nicht-regelbildenden Verwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips eine andere sein³. Dafür verbleibt, insbesondere nach der Untersuchung des eigentlichen Gegenstandes des Rechtsmissbrauches, nur die Individualisierung⁴. Dass es dennoch für Fallgruppen von Rechtsmissbräuchen zur Regelbildung kommen kann, ist damit keineswegs verneint; darauf wird anlässlich der Erörterungen zur Durchgangsfunktion des Grundsatzes einzugehen sein. Im Vordergrund steht aber vorerst die einheitliche Operation des Denkens, die bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes zu benutzen ist: die Individualisierung. Auf theoretischer Basis ist in dieser Hinsicht die Denkform des Individualisierens als der dem Rechtsmissbrauchsverbot zugehörigen Konkretisierungsform gesichert. Es geht daher in diesem Paragraphen in erster Linie um den Nachweis dieser geistigen Tätigkeit des Denkens anhand von Belegen aus der Spruchpraxis der Gerichte.

1 Vgl. dazu oben S. 329 ff., Ziff. 3.

2 Vgl. dazu allgemein oben S. 58/9, Ziff. 3., sowie vor allem S. 116/17, Ziff. 5.

3 Vgl. dazu oben S. 81, Ziff. 3.; sodann S. 119, lit. B.; zudem S. 124 ff., lit. B.; ferner S. 332, lit. a.

4 Vgl. dazu oben S. 332, lit. b; S. 333/34, Ziff. 5.; S. 352 ff., in Ziff. VI., sowie S. 363, vor Anm. 51; ferner schon allgemein dazu oben S. 121, Ziff. I., sowie S. 124/25, Ziff. 1.

B. Beschränkung der Auswahl von Nachweisen

Was zur Untersuchung der Konkretisierung von Treu und Glauben gesagt worden ist, gilt auch für das Rechtsmissbrauchsverbot: Das Angebot an Fallmaterial in der Judikatur ist beinahe unermesslich gross. Die nachfolgende Darstellung muss sich daher auf eine kleinere Auswahl von Nachweisen beschränken⁵. Für eine umfassende Behandlung der Einzelprobleme, die bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots auftreten können, wird auf die Kommentierung verwiesen. Im folgenden geht es v.a. um eine Bestätigung des individualisierenden Denkens als geistiger Tätigkeit bei der Konkretisierung der Generalklausel vom verbotenen Rechtsmissbrauch mittels einiger Nachweise aus der Praxis der Gerichte. Weil das Rechtsmissbrauchsverbot nach der hier vertretenen Auffassung nur für die Belange des Zivilrechts generell verwendbar ist⁶, beschränken sich die Belege auf das Privatrecht.

Zunächst sollen einige Hinweise auf die sprachlichen Mittel, die typischerweise auf individualisierendes Denken schliessen lassen, sowie Beispiele für diese Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes genannt werden⁷. Im Anschluss daran muss von der Sachgruppenbildung als verbleibendem Minimum infolge des Verzichts auf Regelbildung gesprochen werden⁸. Sodann wird in einem Anhang die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes erörtert, d.h. jenes Stadium, in dem es trotzdem zur Regelbildung als Folge von Rechtsmissbrauchsurteilen kommen kann⁹. Zuletzt werden einige wenige Bemerkungen zu den insgesamt möglichen Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB als Ganzem folgen¹⁰.

5 Vgl. zur gleichen Beschränkung schon hinsichtlich der Konkretisierungsform von Treu und Glauben oben S. 268, lit. B.

6 Vgl. dazu oben S. 315 ff., Ziff. 2., bes. zusammenfassend S. 319/20, lit. d; ferner auch noch S. 352, Ziff. VI. a.A.

7 Vgl. dazu sogleich S. 370 ff., Ziff. II.

8 Vgl. dazu unten S. 381 ff., Ziff. III.

9 Vgl. dazu unten S. 385 ff., Ziff. IV.

10 Vgl. dazu unten S. 394, Ziff. V.

II. Die Individualisierung als Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes

A. Typische und auffällige sprachliche Mittel der Individualisierung

1. Der Hinweis auf die ganz besonderen Umstände des einzelnen Falles

In der individualisierenden Betrachtung sind die Elemente des Besonderen und des Einzelnen zur Berücksichtigung des Einzigartigen verschmolzen¹¹. Diese Kombination ist auch in Gerichtsurteilen oft anzutreffen, wenn es um einen Rechtsmissbrauch ging, ohne dass sie freilich im Begriff des relativ Einzigartigen zusammengefasst wird. So stehen etwa in einem Urteil aus dem Jahre 1919 die folgenden, die individualisierende Betrachtung anzeigenden Sätze¹²:

“Nun ist hier zunächst darauf zu verweisen, dass die Ausnutzung rein formaler Rechte an sich selbstverständlich nicht ein Rechtsmissbrauch ist, sieht doch auch die moderne Rechtsordnung und speziell auch das O.-R. eine Reihe formeller Rechtsgeschäfte vor, aus denen die Beteiligten zweifelsohne rein formale Rechte geltend machen können.

Ein Rechtsmissbrauch könnte daher *nur aus den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles* abgeleitet werden.”

Es müssen mit anderen Worten “ganz besondere Umstände vorliegen”¹³, damit z.B. “die Geltendmachung eines Formmangels im Hinblick auf die besonderen Verumständungen des Einzelfalles als missbräuchlich erscheinen”¹⁴ kann. Die Frage, was rechtsmissbräuchlich sei, “kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Ausschlaggebend sind immer die besonderen Umstände des einzelnen Falles. Es kann daher weder unbesehen auf einen den Rechtsmissbrauch verneinenden Entscheid in einem anderen Verfahren abgestellt werden (...), noch auf die gegen diesen Entscheid laut gewordene Kritik (...)”¹⁵. “Ob dies der Fall ist, lässt sich nur auf Grund einer umfassenden Würdigung *aller* Umstände ermitteln”¹⁶.

11 Vgl. dazu oben S. 118/19, lit. A.

12 Vgl. BIZR 18 (1919) Nr. 53, S. 103; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden. Der Hinweis auf den konkreten Fall muss in diesem Zusammenhang wohl als solcher auf den Fall als einzelnen aufgefasst werden.

13 Vgl. BGE 95 II 512.

14 Vgl. BGE 54 II 332.

15 Vgl. BGE 102 II 268, E. 3.; Spezifikationen aus anderen Urteilen der Rechtsprechung und aus der Lehre sowie frühere Individualisierungen können also nicht einfach übertragen werden.

16 Vgl. BGE 99 II 12/3; die Hervorhebung des Wortes “aller” im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden: Diese Formulierung zeigt an, dass eine Berücksichtigung der jeweils besonderen oder der solchen Umstände bei der Rechtsmissbrauchsprüfung nicht für ausreichend angesehen wird, sondern eben alle Umstände zu würdigen sind.

In solchen Formulierungen liegen deutliche Belege dafür, dass die Gerichte Regelbildung und bloss spezifizierende Betrachtung bei der Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit ausschliessen und zu individualisierender Betrachtung als Basis der rechtlichen Beurteilung übergehen. Eine bestimmte Rechtshandhabung "kann nur unter ganz besonderen Verumständen als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden"¹⁷ und eben nicht schon auf Grund der derartigen oder solchen Umstände, wie sie vielen vergleichbaren Fällen anhaften. In der Beurteilung des Einzelfalles und seiner ihn als einzigartig kennzeichnenden Eigenheiten kann es sich ergeben, dass z.B. "die Geltendmachung des Formfehlers unter den hier gegebenen, erwähnten Verumständen als missbräuchlich zurückgewiesen werden"¹⁸ muss. Aber eben nur "im Hinblick auf die besonderen Verumstände"¹⁹ des Einzelfalles kann das Rechtsmissbrauchsurteil gefällt werden und die Ergebnisse dieser Betrachtung lassen sich nicht auf irgendwelche gleichgeartete Fälle übertragen, weil sie eben individualisierend erzielt worden sind²⁰.

2. Der Hinweis auf den Ausnahmecharakter der rechtsmissbräuchlichen Konstellation

Wenn der Ausnahmecharakter der Lage, in der es zum Rechtsmissbrauchsurteil kommen *kann*, herausgestrichen wird, ist darin immer ein Hinweis auf die Unmöglichkeit, Regeln zu bilden oder spezifizierend vorzugehen, zu erblicken²¹. Das gilt auch für die Fälle rechtsmissbräuchlicher Berufung auf einen Formmangel bei der Grundstückübertragung, solange man sie dem Problemkreis des Rechtsmissbrauches noch zuordnen will²²: "So wenig wie sonst lassen sich hier allgemeine Regeln darüber aufstellen, was als rechtsmissbräuchlich angesehen werden müsse"²³. Ebenso können auch gegenüber der Regel von Art. 66 OR nur "gewisse Ausnahmen vorbehalten"²⁴ werden und nicht etwa Regeln über deren rechtsmissbräuchliche Geltendmachung aufgestellt werden, weil ansonsten im Laufe der Zeit die gesetzliche

17 Vgl. BGE 55 II 139, E. 4.

18 Vgl. BGE 53 II 166.

19 Vgl. BGE 53 II 297.

20 Vgl. für weitere Hinweise auf die besonderen Umstände des Einzelfalles etwa noch BGE 84 II 641, E. 2.; 86 II 261/62; 86 II 403 und 87 II 31, E. 4.

21 Im übrigen darf wohl auch in jenen Wendungen, die besagen, dass es selbst unter ganz besonderen Umständen des Einzelfalles (vgl. dazu oben S. 370/71, Ziff. 1.) zum Rechtsmissbrauchsurteil nur kommen *kann*, nicht aber auch muss, eine Ablehnung regelhaften Verständnisses und die Bejahung individualisierenden Vorgehens bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes gesehen werden.

22 Vgl. zur möglicherweise heute beendeten Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes bezüglich dieser Sachgruppe unten S. 390 ff., Ziff. 2.

23 Vgl. Meier-Hayoz, N 140 zu ZGB 657.

24 Vgl. BGE 75 II 295, E. 2.

Regel selbst von den Ausnahmen überwuchert und ihrer Geltung beraubt werden könnte²⁵. Ebenfalls nur individualisierend, nur für den gerade zu beurteilenden Fall, und unter Verzicht auf Regelbildung kann entschieden werden, ob einer Widerspruchsklage entgegen der Regel von Art. 107 Abs. 2 Satz 1 SchKG²⁶ "ausnahmsweise"²⁷ die Einstellungswirkung versagt werden muss, weil die Regel insofern überdehnt und damit rechtsmissbräuchlich benutzt worden ist, als sie, nach Absprache von Schuldner und Drittsprecher, "einzig zum Zwecke der Hinausschiebung der Verwertung erhoben wird"²⁸. Würde hier von vornherein spezifizierend und regelbildend vorgegangen, müsste das zu unerträglicher Aufweichung der Regel von Art. 107 Abs. 2 Satz 1 SchKG führen.

Insofern bedarf es immer einer individualisierend zu ermittelnden "Ausnahmesituation"²⁹, damit "als *Ausnahme von der Regel*"³⁰ ein nicht-regelbildendes Rechtsmissbrauchsurteil ergehen kann³¹. Dass die Anwendung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes den Ausnahmefall darstellt, hat das Bundesgericht auch da deutlich betont, wo es sagte, dass seine Verwendung "doit rester exceptionnelle"³².

3. Die Betonung der Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs

Verschiedentlich ist auch das Erfordernis, dass der Rechtsmissbrauch ein offenkundiger sein müsse, dazu benutzt worden, das Ausserordentliche der Abläufe bei seiner Beurteilung hervorzuheben. So sagte das Bundesgericht etwa in einem Urteil, wo es um den Problembereich der Verwirkung zufolge übermässig verzögerter Rechtsausübung gegangen ist³³:

25 Vgl. dazu schon oben S. 337 ff., lit. b.

26 Die ersten beiden Absätze von Art. 107 SchKG lauten wie folgt: Abs. 1: "Bestreitet der Gläubiger oder der Schuldner den Anspruch des Dritten, so fordert das Betreibungsamt den letzteren auf, binnen zehn Tagen gerichtliche Klage zu erheben." Abs. 2: "Kommt der Dritte der Aufforderung nach, so verfügt das Gericht in Hinsicht auf den streitigen Gegenstand die Einstellung der Betreibung bis zum Austrag der Sache. Während der Einstellung der Betreibung ist der Lauf der in Art. 116 gesetzten Fristen gehemmt." Die weiteren drei Absätze des Artikels brauchen in diesem Zusammenhang nicht wiedergegeben zu werden.

27 Vgl. BGE 48 III 19.

28 Vgl. BGE 48 III 19.

29 Vgl. BGE 95 II 512.

30 Vgl. BGE 76 II 371; die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden. Es ging in diesem Urteil wieder um Rechtsmissbrauch bezüglich der Regel von Art. 66 OR.

31 Vgl. zum Hinweis auf "eine ausgesprochene Ausnahmesituation", welche die Anrufung von Art. 142 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt, auch noch BGE 104 II 145 ff.

32 Vgl. BGE 98 II 162. Es ging in diesem Falle wie auch in dem in Anm. 13 und Anm. 29 hier vor zitierten Entscheid von BGE 95 II 511/12, E. 4., um eine rechtsmissbräuchliche Anrufung des Scheidungsgrundes eines Ehebruchs gemäss Art. 137 Abs. 1 ZGB über die gesetzlich geregelten beiden Sonderfälle von Art. 137 Abs. 3 ZGB hinaus.

33 Vgl. BGE 98 II 145.

“Die Verwirkung ist jedoch nicht leichthin zu bejahen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darf ein Recht nur dann keinen Rechtsschutz finden, wenn sein Missbrauch offenbar ist, d.h. klar zutage liegt ... Es müsste der Klägerin vielmehr ein offensichtlich gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten vorgeworfen werden können.”

Dieser ausserordentliche Verstoß gegen Treu und Glauben, der ein Rechtsmissbrauchsurteil zulassen würde, kann m.E. nicht in Form von Regeln und daher nur individualisierend ermittelt werden³⁴. Erst wenn in individualisierender Betrachtung die Überdehnung der Regelhaftigkeit z.B. der Regel von Art. 66 OR im gerade zu beurteilenden Fall, und auch nur ihn betreffend, festgestellt worden ist, kann vom die missbräuchliche Rechtshandhabung Tätigenden gesagt werden³⁵: “Die Anrufung des Art. 66 OR durch ihn bedeutet einen *klaren* Rechtsmissbrauch.” Der Ausnahmefall hat sich dann im Fall verwirklicht, welcher der Beurteilung untersteht. Oder aber im tatsächlichen Verhalten einer Partei in seiner Einzigartigkeit, wie es jetzt dem rechtlichen Urteil zuzuführen ist, “kann”, wenn die Anwendung des regel-durchbrechenden Korrekturprinzips verworfen wird, “unter den Umständen des vorliegenden Falls ein *offenbarer Rechtsmissbrauch* im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht gefunden werden”³⁶; denn diese Bestimmung bezweckt “einen Schutz gegen die Urgierung des formellen Rechts in Fällen, in denen dem Geschädigten ein anderes Schutzmittel versagt war”³⁷, womit wieder der Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauches und seiner Untersagung bestätigt wird³⁸.

4. Bundesgerichtliche Formeln der Individualisierung

a) Keine starren Regeln unter Würdigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles als Formel der Individualisierung

Eine eigentliche Formel, welche m.E. die Aufforderung zu individualisierender Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes gleichermassen enthält wie den Ausschluss der Regelbildung auf dem Wege dieser Konkretisierung, taucht meines Wissens zum ersten Mal in einem bundesgerichtlichen Urteil aus dem Jahre 1946

34 Vgl. zum krassen Verstoß gegen Treu und Glauben resp. den Grundsatz von Treu und Glauben in seinen regelhaften Spezifikationen als einem Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit oben S. 343 ff., Ziff. 4.

35 Vgl. BGE 76 II 371; die Hervorhebung ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

36 Vgl. BGE 43 II 76, E. 2.

37 Vgl. BGE 43 II 76, E. 2.

38 Vgl. zu diesem Ausnahmecharakter schon oben S. 371/72, Ziff. 2.

auf. Nachdem in der vorangehenden Erwägung jenes Urteiles einige spezifizierende Gesichtspunkte aufgezählt wurden, die der Annahme eines Rechtsmissbrauches förderlich sein könnten, wird die angesprochene Formel folgendermassen eingeführt³⁹:

“Diese Hinweise sind immerhin nicht als zwingende Richtlinien zu betrachten. Die Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB ist, dem Sinn dieser Vorschrift entsprechend, eine Ermessensfrage. Sie ist vom Richter *in jedem einzelnen Fall ohne Bindung an starre Regeln an Hand der gesamten Umstände* frei zu prüfen und zu entscheiden.”

Dass sich diese Wendungen nur auf das Rechtsmissbrauchsverbot und nicht auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben beziehen, ist in BGE 78 II 227 noch deutlicher hervorgetreten⁴⁰:

“Ob ein Rechtsmissbrauch vorliege, hat der Richter *ohne Bindung an starre Regeln in jedem einzelnen Falle unter Würdigung der gesamten Umstände* nach freiem Ermessen zu prüfen.”

Sinngemäss ist diese Wendung auch in bundesgerichtlichen Urteilen französischer Zunge anzutreffen; dort lautet sie dann wie folgt⁴¹:

“Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge doit examiner si l'on est en présence d'un abus de droit d'après sa libre appréciation et en tenant compte des circonstances de l'espèce. Il ne saurait être lié par des règles rigides.”

In diesen oder ähnlichen Formulierungen sind die angeführten Wendungen zu einer eigentlichen *feststehenden Formel* in französischsprachigen⁴² und deutschsprachigen⁴³ Bundesgerichtsurteilen geworden. Mit dieser formelhaften Wendung wird in eindrücklicher Weise auf Regelbildung verzichtet und im Anschluss an diesen Verzicht wird das Rechtsmissbrauchsverbot jeweiligen individualisierend konkretisiert.

39 Vgl. BGE 72 II 44, E. 4. a.A.; obwohl in der zitierten Stelle von der Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB allgemein die Rede ist, ging es im betreffenden Zusammenhang einzig um die Prüfung, ob ein Rechtsmissbrauch vorliege, und zwar wiederum hinsichtlich eines Formmangels bei einem Grundstückkauf, wobei es allerdings um die Verletzung eines kantonalen Formerfordernisses ging; vgl. zu diesem Fall auch Merz, N 470 zu ZGB 2. Die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

40 Die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit vorgenommen worden.

41 Vgl. BGE 84 II 375, E. 2. a).

42 Vgl. dazu etwa BGE 90 II 156/57, E. 2.; 93 II 104/05, E. 1.

43 Vgl. dazu etwa BGE 86 II 232, E. 6.; 86 II 400/01; 86 II 421, E. 2.; 92 II 325, E. 3.; neuerdings auch noch BGE 104 II 101, E. 3.

b) Keine Geltung für bestimmte Arten von Fällen, sondern Anweisung zur Berücksichtigung der nur dem einzelnen Fall eigenen Tatsachen als Formel der Individualisierung

Auf eine weitere Formel sei noch aufmerksam gemacht, die zwar von Art. 2 ZGB als Ganzem spricht, bei deren Verwendung es aber immer nur um die Beurteilung eines Rechtsmissbrauches gegangen ist, und die meines Wissens erstmals in BGE 85 II 114/15 auftritt⁴⁴:

“Art. 2 ZGB will jedoch die Bestimmungen des Zivilrechts *nicht* allgemein für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft setzen, sondern den Richter lediglich anweisen, besonderen Tatsachen Rechnung zu tragen, die nur dem einzelnen Falle eigen sind. Dafür bedarf es einer besondern Rechtfertigung hinsichtlich der in Frage kommenden Einzelbestimmungen. Es müssen Umstände vorliegen, unter denen ausnahmsweise die Anwendung bestimmter Normen gegen Treu und Glauben verstiesse.”

Diese Formel ist auch in weiteren Urteilen anzutreffen⁴⁵ und will offenbar die spezifizierende durch eine individualisierende Betrachtung ersetzen; damit wird zugleich die Regelbildung beim Ablauf der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes selber ausgeschlossen.

44 Die Hervorhebungen im zitierten Urteilsausschnitt sind vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden; es handelte sich im übrigen um einen jener Fälle, wo der Grundsatz von Treu und Glauben den Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils abgegeben hat.

45 Vgl. dazu etwa BGE 87 II 154/55, E. 5., wo bezüglich der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Konventionalstrafe nach Wiederholung der soeben im Kontext angeführten Formel gesagt wird: “Die Widerbeklagten berufen sich indessen auf keine *Tatsachen, die nur gerade im vorliegenden Falle* die Einforderung der Konventionalstrafe offensichtlich rechtsmissbräuchlich machen würden. Sie begründen die Einwendung des Rechtsmissbrauches mit den gleichen Anbringen, mit denen sie die Konventionalstrafe als gemäss Art. 20 OR ungültig hinstellen. Das genügt nicht.” Die Hervorhebung im Zitat ist vom Verfasser vorliegender Arbeit vorgenommen worden. Vgl. ferner für die im Kontext dargestellte Formel auch noch etwa BGE 91 II 9, E. 1. e).

B. Der Ablauf der Individualisierung

1. Veranschaulichung der Individualisierung als dem Rechtsmissbrauchsverbot zugehöriger Konkretisierungsform

a) Einleitende Bemerkungen

Die individualisierende Konkretisierung lässt sich nur sehr schwer an Beispielen darstellen, weil das regelhafte Vergleichsmoment wegfällt. Das hat seinen Grund darin, dass bei dieser Konkretisierungsform eben per definitionem keine Regelbildung geschehen kann und sich daher nicht Spezifikationen von jeweils solchen oder derartigen Fällen bilden lassen⁴⁶. Dennoch sei der Versuch der Veranschaulichung an zwei Beispielen vorgenommen⁴⁷.

b) Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Rentenansprüchen des geschiedenen Ehegatten

Wenn bei einer Scheidung als Entschädigung, Genugtuung oder Unterhaltsbeitrag im Sinne von Art. 151 bzw. 152 ZGB eine regelmässig zu entrichtende Rente festgesetzt wird, so muss diese im Falle der Wiederverheiratung des berechtigten Teiles nicht mehr geleistet werden⁴⁸. In neuerer Zeit hat sich nun ein neues Modell in den tatsächlichen Lebensvorgängen entwickelt, dergestalt, dass Lebensgemeinschaften zwischen Mann und Frau ohne eine formelle Verheiratung häufiger sind, als das früher der Fall war⁴⁹. Wenn nun der eine Beteiligte an einer solchen Lebensgemeinschaft schon einmal verheiratet war und seit der Scheidung jener Ehe Unterhaltsbeiträge in Rentenform bezieht, kann im einen oder anderen Falle eine Überdehnung der Regelhaftigkeit von Art. 153 Abs. 1 ZGB und ein erhebliches Abweichen vom dieser Regel zugrundeliegenden Modell eintreten⁵⁰. Diese denkbare Konstellation hat rechtlicher Beurteilung zugeführt werden müssen, wobei es nicht

46 Dieser Weg hat dagegen bei der Veranschaulichung der Spezifikation als der Treu und Glauben zugehörigen Konkretisierungsform beschritten werden können, vgl. dazu oben S. 288 ff., Ziff. IV.

47 Vgl. dazu unten S. 376 ff., lit. b und c.

48 Vgl. dazu die Regel von Art. 153 Abs. 1 ZGB: "Wird als Entschädigung, Genugtuung oder Unterhaltsbeitrag durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt, so hört die Pflicht zu ihrer Entrichtung auf, wenn der berechtigte Ehegatte sich wieder verheiratet."

49 Dieses Modell ist als wesensmässig erkennbares neben das weiterbestehende und wohl nach wie vor für die überwiegende Mehrzahl der Fälle zutreffende getreten, dass im Falle des Wunsches, eine Lebensgemeinschaft zu begründen, geheiratet wird.

50 Vgl. zu dieser möglichen Konstellation des Rechtsmissbrauchs die theoretische Grundlage oben S. 358/59, Ziff. 3.

etwa um ein rechtsmissbräuchliches Leben im Konkubinat ging⁵¹, sondern einzig die Frage nach einer krassen und daher abzulehnenden Überdehnung der Regelmäßigkeit von Art. 153 Abs. 1 ZGB zu beurteilen war⁵².

Ob nun im einzelnen zu beurteilenden Fall die Regel des Art. 153 Abs. 1 ZGB vom rentenberechtigten geschiedenen Teil in besonders krasser Weise überdehnt worden ist, lässt sich erstens nicht in einer Regel festlegen und es muss daher zweitens das Vorliegen einer neuen eheähnlichen Lebensgemeinschaft, die sonst mit einer Verheiratung kundgetan wird, individualisierend geprüft werden. Nur so kann eine eventuelle rechtsmissbräuchliche Rechtshandhabung erkannt werden. Dass dabei der rentenverpflichtete Teil nur nachweisen muss, "dass der rentenberechtigte Ehegatte mit einem Angehörigen des anderen Geschlechts in Hausgemeinschaft lebt und darüber hinaus den Anschein einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft geschaffen hat"⁵³, und dass der rentenberechtigte geschiedene Teil diesen Beweis dadurch entkräften kann, "dass er ein blosses obligationenrechtliches oder sonst loses Rechts- oder Lebensverhältnis nachweist"⁵⁴, ist eine reine Frage der prozessualen Beweisführungspflicht, die sich hinsichtlich der Folgen der Beweislosigkeit im Prozess auswirken kann, stellt also nur das prozessuale Mittel dar, um die individualisierend zu beurteilende rechtserhebliche Basis der Entscheidung zu finden, und gehört daher zum Stadium der Feststellung des rechtlich zu beurteilenden Sachverhaltes.

c) Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Unterhaltspflicht des Ehemannes bei gerichtlicher Trennung und im Scheidungsprozess?

Das soeben dargestellte Beispiel lässt sich keinesfalls zu einer allgemeinen Regel missbräuchlicher Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen vor und nach der Scheidung erweitern⁵⁵. Es kann aber dennoch auch da, wo das Getrenntleben

51 Insofern unzutreffend die Formulierung in BIZR 52 (1953) Nr. 199: "Dem Kläger ist beizupflichten, dass es rechtsmissbräuchlich wäre und keinen Rechtsschutz verdiente, wenn die Beklagte mit B. tatsächlich wie dessen Ehefrau zusammenlebte, also mit ihm im Konkubinat lebte, sich aber ohne ersichtlichen Grund nicht mit ihm trauen liesse; in diesem Falle müsste mit dem Kläger angenommen werden, sie tue das, um sich des Rentengusses nicht zu begeben." Weder ein tatsächliches Zusammenleben noch die Tatsache, sich ohne ersichtlichen Grund nicht trauen lassen zu wollen, können rechtsmissbräuchlich sein. Es gibt ja unmöglich eine Rechtsregel des Inhalts, man müsse sich trauen lassen, wenn man tatsächlich – und sei es auch eheähnlich – zusammenlebt. Vgl. zu diesem Urteil auch Merz, N 578 zu ZGB 2. Vgl. zu einem neuesten Bundesgerichtsurteil zu diesen Problemen unten S. 380, Anm. 71, 2. Absatz.

52 Rechtsmissbrauch diesbezüglich bejaht in BIZR 77 (1978) Nr. 128, vom Bundesgericht auf Berufung hin bestätigt in BGE 104 II 154 ff.

53 Vgl. BIZR 77 (1978) Nr. 128, S. 291.

54 Vgl. BIZR 77 (1978) Nr. 128, S. 291.

55 Vgl. zur klaren Beschränkung des vorstehenden Beispiels oben S. 376/77, lit. b.

richterlich angeordnet worden ist⁵⁶, oder während des Scheidungsprozesses⁵⁷ die Frage auftauchen, ob in diesen Phasen Unterhaltsbeiträge rechtsmissbräuchlich verlangt werden⁵⁸. Die Frage nach einem möglichen Rechtsmissbrauch tut sich auf, wenn die Ehefrau in den beschriebenen Stadien mit einem anderen Mann in eheähnlichem Verhältnis lebt und trotzdem auf der Leistung der Unterhaltsbeiträge durch ihren Ehemann gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB beharrt⁵⁹. Besteht dann schon eine unerträgliche Überdehnung der Regelhaftigkeit von Art. 160 Abs. 2 ZGB? Es sind gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs in dieser Grundkonstellation gewichtige Bedenken erhoben worden⁶⁰. Wenn sie nicht dazu führen, die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs hier von vornherein auszuschliessen, müssten sie m.E. zumindest "zur Vorsicht mahnen"⁶¹ und strikte Individualisierung, ohne die geringsten Ansätze zu Regelbildung, bei der Beurteilung des einzelnen Falles veranlassen. Dennoch kann andererseits auch vorgebracht werden, dass die Handhabung dieses Unterhaltsanspruches "wie jede Rechtsausübung unter dem Verbot des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB"⁶² stehe.

Den Ausschluss regelbildender Betrachtung in dieser Problemlage bestätigt m.E. das Urteil in BIZR 74 (1975) Nr. 97, wenn es folgenden Satz enthält⁶³:

"Dagegen ist der vom Kläger vertretenen Auffassung entgegenzutreten, wonach jede im Konkubinat lebende Ehefrau von vornherein rechtsmissbräuchlich handle, wenn sie von ihrem Ehemann Unterhaltsbeiträge fordert."

Mit derlei spezifizierender Einteilung in so geartete Fälle, für die man glaubt, Regeln aufstellen zu können, darf das zu lösende Problem tatsächlich nicht angegangen werden. Im genannten Urteil folgen im Anschluss an den wörtlich wiedergegebenen Satz individualisierende Betrachtungen, ob im vorliegenden Falle eine umfassende und eheähnliche Lebensgemeinschaft bestand, um nach diesen Erwägungen einen Rechtsmissbrauch zu verneinen. Erst wenn "alle Umstände abgeklärt werden"⁶⁴, kann eben in individualisierender Entscheidung beurteilt werden, ob "besondere, krasse Verhältnisse gegeben"⁶⁵ sind, auf Grund derer "die Forderung von Unterhaltsbeiträgen rechtsmissbräuchlich sein kann"⁶⁶.

56 So im Fall von BIZR 74 (1975) Nr. 97 und wohl auch in jenem von BIZR 73 (1974) Nr. 105. 57 So im Fall von BIZR 72 (1973) Nr. 116.

58 Vgl. dazu ferner auch die beiden Urteile in SJZ 47 (1951) S. 259/60 und 348.

59 Art. 160 ZGB lautet folgendermassen: Abs. 1: "Der Ehemann ist das Haupt der Gemeinschaft." Abs. 2: "Er bestimmt die eheliche Wohnung und hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen."

60 Vgl. dazu Merz, N 584 zu ZGB 2.

61 Vgl. Merz, N 584 zu ZGB 2.

62 Vgl. BIZR 72 (1973) Nr. 116, S. 310.

63 Vgl. BIZR 74 (1975) Nr. 97, S. 318.

64 Vgl. BIZR 73 (1974) Nr. 105.

65 Vgl. BIZR 73 (1974) Nr. 105.

66 Vgl. BIZR 73 (1974) Nr. 105; die Hervorhebung im zitierten Ausschnitt ist vom Verfasser vorliegender Arbeit eingefügt worden.

Ohne zur Kontroverse über die Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes in der skizzierten Lage abschliessend Stellung nehmen zu wollen, kann m.E. wenigstens folgendes festgehalten werden: Den Bedenken gegenüber dieser Variante des Rechtsmissbrauchs und der Bejahung der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist überhaupt nur gerecht zu werden und die entschieden formulierte Regel von Art. 160 Abs. 2 ZGB, sowie deren Einbettung in das ganze geltende Eherecht, kann nur dann gewahrt bleiben, wenn der Rechtsmissbrauchsgrundsatz *individualisierend* auf die Umstände des gerade vorliegenden Falles hin, und *nur* auf sie hin, konkretisiert wird und zugleich von jeder Regelbildung Abstand genommen wird⁶⁷. Die Rechtssicherheit im Sinne der Zuverlässigkeit des geltenden Rechts wäre m.E. zu sehr gefährdet, wenn in dieser Problemlage zu schnell Regeln der Durchbrechung der Bestimmung von Art. 160 Abs. 2 ZGB geprägt würden; der Ordnungswert dieser Vorschrift verlangt m.E. für sich allein schon grösste Zurückhaltung bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs in der beschriebenen Problemlage⁶⁸. Im übrigen müsste wohl vorerst eine gesicherte und einhellige Ansicht über das Modell, das der Regel von Art. 160 Abs. 2 ZGB aus heutiger Sicht zugrunde liegt, ermittelt werden, um endgültig entscheiden zu können, ob und wann Überdehnungen der Regelhaftigkeit dieser Vorschrift so krass sind, dass ihnen in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB der Rechtsschutz verweigert werden müsste.

2. Grenzen der Individualisierung

a) Einleitende Bemerkungen

Individualisieren heisst, dass für das Rechtsmissbrauchsurteil das (relativ) Individuell-Originale des jeweiligen Falles als Basis der Entscheidung berücksichtigt wird. Es wird bei der Verwendung des Rechtsgrundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu einer individualisierenden Würdigung der (gesamten) Umstände bei der rechtlichen Beurteilung übergegangen. Darin besteht die geschlossene Form des Denkens bei der indirekten Anwendung des Prinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot. Diesem Vorgang werden vorab zweierlei Grenzen gezogen, die eine von den Parteien, sofern es sich um einen normalen Zivilprozess handelt, die andere vom Richter.

67 Vgl. zu den Bedenken gegenüber derart systemfremden Konkretionen schon allgemein oben S. 98, lit. B.; ferner aber auch zur Möglichkeit seltener systemfremder Elemente in der Rechtsordnung allgemein oben S. 97, Ziff. 7.

68 Vgl. als Beispiel für den Verzicht auf Regelbildung und das individualisierende Konkretisieren des Rechtsmissbrauchsverbotes in einem einzelnen Fall, wo die Rechtsmissbräuchlichkeit des Unterhaltsanspruches während des Scheidungsprozesses bejaht worden ist, die Erörterungen und Schlüsse in BIZR 72 (1973) Nr. 116, S. 309 ff., E. 4.

b) Von den Parteien gezogene Grenzen

Die Parteien nehmen auf Grund der Dispositionsmaxime und der Verhandlungsmaxime, die normalerweise in Zivilprozessen gelten, auf den Sachverhalt Einfluss, auf welchen das Gericht die Rechtssätze zur Anwendung bringen soll. "Wie über den Anspruch selber" (Dispositionsmaxime), "verfügen die Parteien auch über die Art und Weise, in welcher sie seine Durchsetzung erkämpfen oder ihn abwehren wollen"⁶⁹ (Verhandlungsmaxime)⁷⁰. Nur auf das, was sich daraus als Tatbestand ergibt, kann das Zivilgericht normalerweise das Recht anwenden. Auf diese Umstände hin ist bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes zu individualisieren; sie sind in individualisierender Betrachtung rechtlich zu beurteilen. Insofern beeinflussen die Parteien des Zivilprozesses, was sich als Individuell-Originär herausstellt.

c) Vom Richter gezogene Grenzen

Der Richter nimmt auf den Individualisierungsvorgang dadurch Einfluss, dass er entscheidet, welche der individualisierend zu würdigenden Umstände rechtserheblich für den Entscheid sind und daher die Basis der rechtlichen Beurteilung abgeben. Dabei muss er wohl im Falle eines Rechtsmissbrauchsurteils das Individuell-Originale des Falles sehr weitgehend als rechtserheblich gelten lassen, damit es als Basis der rechtlichen Entscheidung genügende Berücksichtigung finden kann. Die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes muss eben auf das relativ Einzigartige des Falles Rücksicht nehmen, soweit es nur als rechtserheblich gelten kann⁷¹, um in der Denkform der Individualisierung abzulaufen.

69 Vgl. Walder, S. 187.

70 Ausnahmsweise, so auch teilweise im Scheidungsverfahren (Art. 158 ZGB), werden die beiden genannten Maximen auch im Zivilprozess durch die Offizialmaxime verdrängt; vgl. dazu etwa Walder, S. 197 ff. Darauf wird aber nicht weiter eingetreten.

71 Diese Feststellung des rechtlich zu beurteilenden Sachverhaltes ist von der individualisierenden Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes auf die rechtlich zu beurteilende Basis hin zu unterscheiden; vgl. zu dieser Unterscheidung auch Meier-Hayoz, N 28 ff. zu ZGB 4, mit weiteren Hinweisen auf die Literatur.

Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit hat das Bundesgericht in einem neuesten Urteil und im Sinne einer "Präzisierung der Rechtsprechung" (vgl. den Ingress des Urteils) in einer Art und Weise zum Problem allfällig rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung von Rentenansprüchen des geschiedenen Ehegatten Stellung genommen, die wohl als mit der im Kontext (vgl. dazu oben S. 376/77, lit. b) vertretenen Auffassung übereinstimmend betrachtet werden darf; vgl. diesen Entscheid in BGE 106 II 1 ff., bes. S. 3 ff., E. 2.; es handelt sich auch um ein Beispiel deutlich individualisierender Betrachtung bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes, was zur Verneinung eines Rechtsmissbrauches führte (S. 5/6, E. 3. des genannten Urteils).

III. Das infolge des Verzichts auf Regelbildung verbleibende Minimum der Sachgruppenbildung hinsichtlich der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes

A. Rekapitulation der Ursachen der Beschränkung auf Sachgruppenbildung

Wo bei der indirekten Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit den Mitteln der Konkretisierung die Ausprägung von Regeln unterbleiben muss, bleibt als einzige Gliederung seiner Anwendungsfälle eine Einteilung und Anordnung in Sachgruppen übrig⁷². Nicht für alle Korrekturprinzipien des geltenden Rechts muss die Eigenschaft der Regelbildung mit völliger Sicherheit ausgeschlossen werden⁷³. Was für das Prinzip der Billigkeit erkannt worden ist, gilt wohl für alle regelmodifizierenden Korrekturprinzipien: Sie werden zwar individualisierend konkretisiert, es kommt aber bei ihrer Anwendung, wenn auch erst mittelbar, über längere Zeiträume für ähnliche Fälle doch zu konkretisierend gebildeten Regeln⁷⁴.

Bei den regeldurchbrechenden Korrekturprinzipien muss es bezüglich ihrer Anwendungsfälle wohl immer bei der Sachgruppenbildung sein Bewenden haben; der Ordnungswert des bestehenden und weiter in Geltung bleibenden Regelrechts untersagt hier die Regelbildung⁷⁵. Als ein *regeldurchbrechendes Korrekturprinzip der geltenden Rechtsordnung* hat sich das *Rechtsmissbrauchsverbot* erwiesen⁷⁶. Hinsichtlich seiner Anwendungsfälle ist tatsächlich – aus rechtsstaatlichen Gründen und im Interesse der Verlässlichkeit des in Geltung bleibenden, nur ausnahmsweise durchbrochenen bestehenden Regelrechts – bei seiner Konkretisierung von jeder Regelbildung Abstand zu nehmen⁷⁷. Daher muss hinsichtlich seiner Anwendungsfälle auch eine *Beschränkung auf Sachgruppenbildung* verlangt werden⁷⁸. Dass es in einem späteren, vom eigentlichen Konkretisierungsakt des Rechtsmissbrauchsprinzips unabhängigen Stadium der Rechtsentwicklung dennoch zur Prägung neuer Regeln kommen kann, wird späterer Darstellung vorbehalten⁷⁹.

72 Vgl. dazu allgemein oben S. 77/8, lit. c.

73 Vgl. dazu allgemein oben S. 125/26, lit. a.

74 Vgl. zur Individualisierung beim Billigkeitsprinzip oben S. 78/9, lit. a; zum Billigkeitsprinzip als regelmodifizierendem Korrekturprinzip oben S. 80, lit. c; zur mittelbaren Regelbildung bei den regelmodifizierenden Korrekturprinzipien oben S. 79/80, lit. b, ferner S. 126, lit. b, sowie S. 130, Ziff. 2.

75 Vgl. dazu oben S. 81, Ziff. 3., sowie S. 127, lit. c; ferner auch noch S. 83, in Ziff. VIII.

76 Vgl. dazu oben S. 328/29, Ziff. 2.

77 Vgl. dazu oben S. 329 ff., Ziff. 3., S. 333, lit. c; sodann auch S. 333/34, Ziff. 5., sowie S. 352 ff., Ziff. VI.; ferner noch S. 368, lit. A.

78 Vgl. dazu oben S. 333, lit. c, sowie S. 333/34, Ziff. 5.; ferner auch noch S. 352 ff., Ziff. VI.

79 Vgl. dazu unten S. 385 ff., Ziff. IV.

Im nächsten Schritt der Erörterungen sollen nun einige Beispiele von Sachgruppen von Anwendungsfällen des Rechtsmissbrauchsverbotes aufgezählt werden. Sie entstehen durch *nachträgliche Zusammenfassung verschiedener bisheriger Anwendungen des Rechtsmissbrauchsverbotes*, die auf den Denkwegen der Individualisierung gefunden worden sind, zu *Gruppen, die den vorgegebenen tatsächlichen Verhältnissen nachgebildet sind*. Sie geben "einige wesentliche Sachprobleme"⁸⁰ wieder, die mit dem Rechtsmissbrauchsprinzip in Zusammenhang stehen. Die nachstehende Aufzählung ist aber selbstverständlich nicht im entferntesten vollständig, was sie im übrigen gar nie sein könnte, da es sich beim Verbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt⁸¹. Diese Sachgruppen können zudem, je nach der Natur der Sache, an die sie angelehnt sind, umfangreicher oder auch kleiner sein.

B. Aufzählung einiger Beispiele von Sachgruppen von Anwendungsfällen des Rechtsmissbrauchsverbotes

Als Gruppe sachlich zusammenfassbar sind etwa diejenigen Anwendungsfälle von Art. 2 Abs. 2 ZGB, bei denen die Regelhaftigkeit von Art. 66 OR durchbrochen worden ist⁸². Sie bilden die Sachgruppe der unzulässigen Berufung auf die eigene Unredlichkeit, welche dem Zweck dient, die Rückleistung in Überdehnung der Regelhaftigkeit der genannten Vorschrift zu verweigern.

Eine deutlich erkennbare Sachgruppe haben sodann die Fälle der sog. Schein-ehen ergeben, bevor das Problem in der Regel von Art. 120 Ziff. 4 ZGB, unter Anlehnung an ein neues Modell, gesetzlich erfasst worden ist⁸³.

80 Vgl. Merz, N 47 zu ZGB 2. Vgl. im übrigen zur Einteilung der ganzen Kommentierung von H. Merz nach sachlichen Gesichtspunkten und auch eigentlichen Sachgruppen N 47 und vor allem N 54 daselbst; insofern wird in der vorliegenden Arbeit ein ganz anderer Weg der Betrachtung aus vorrangig theoretischer Sicht begangen.

81 Die nachfolgende Aufzählung lehnt sich im wesentlichen an Beispiele in der Kommentierung des Art. 2 ZGB von H. Merz an. Sie dient nur der Verdeutlichung der Tatsache der Sachgruppenbildung. Dass auch in dieser Hinsicht nie Vollständigkeit einer Aufzählung erreicht werden kann, liegt an der Prinzipienqualität des Rechtsmissbrauchsverbotes, die zur Folge hat, dass die Möglichkeit neuer Konkretionen immer offensteht; vgl. dazu allgemein oben S. 92, Ziff. 2. Zusätzlich gilt es zu beachten, dass etwaige sehr neue, individualisierend gefundene Anwendungsfälle von Art. 2 Abs. 2 ZGB sich je nachdem noch gar nicht einer bestimmten Sachgruppe zuordnen lassen, weil eine Sachgruppe in Anlehnung an die vorgegebenen Lebensverhältnisse noch gar nicht erkennbar ist; vgl. dazu etwa den Problemkreis oben S. 377 ff., lit. c, bes. S. 379, nach Anm. 68.

82 Vgl. dazu mehr oben S. 337 ff., lit. b.

83 Vgl. dazu mehr oben S. 340 ff., lit. b.

Eine eigene Sachgruppe vermöchten wohl auch die Fälle der Überdehnung der gesetzlichen Regelung des Stimmrechts in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft durch die Mehrheit und zu Lasten der Minderheit abzugeben⁸⁴.

Keine Sachgruppe, die sich an die Natur der Sache anlehnte, liesse sich in jenen Fällen erkennen, in denen Treu und Glauben resp. dessen Spezifikationen den Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit bilden, weil sie zu breit gefächert über verschiedenste sachlich erfassbare Problemgruppen hinweg verstreut sind. Das ist eine Folge davon, dass Treu und Glauben Grundsatzqualität aufweist, ein allem Recht vorgegebenes Prinzip ist⁸⁵ und entsprechend vielfältige Konkretisierungsmöglichkeiten hat⁸⁶. Sachgruppen von Rechtsmissbräuchen können nur bezüglich gewisser Sachbereiche erkannt werden, in denen eine Spezifikation von Treu und Glauben den Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils abgegeben hat⁸⁷.

Eine weitere Fallgruppe lässt sich in den Fällen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit erblicken⁸⁸, sofern man sie überhaupt noch dem Rechtsmissbrauch zuordnen will⁸⁹. Vielleicht liessen sich davon noch die sachlichen Untergruppen rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung der Formungültigkeit eines in der Hauptsache erfüllten Geschäftes und von teilweise erfüllten Übertragungen von Grundstücken abtrennen.

Eine weitere Sachgruppe wäre jene der unzulässigen Berufung des Schuldners auf den Untergang des Gläubigerrechtes, wenn der Schuldner die Verspätung der Geltendmachung durch den Gläubiger nach Treu und Glauben selbst veranlasst hat und die Berufung auf den Rechtsverlust daher – in krasser Überdehnung der jeweiligen Regeln über Verjährungs- und Verwirkungsfristen – rechtsmissbräuchlich ist⁹⁰.

Eine weitere Fallgruppe kleineren Umfanges ergeben etwa die Rechtsmissbrauchsfälle, die in Überdehnung der Regel von Art. 153 Abs. 1 ZGB entstanden sind⁹¹.

Eine eigene Sachgruppe bilden sodann auch die Fälle der Verwirkung der Rechtsnachfolge zufolge verzögerter Rechtsausübung⁹². Sie stellt ja eine der Sachgruppen dar, die eine vereinzelte Übernahme des Rechtsmissbrauchsverbotes in das öffentliche Recht ermöglichen, sofern die Grundkonstellation der Überdehnung der Regelhaftigkeit gegeben ist, keine anderen spezifisch öffentlich-rechtlichen

84 Vgl. in diesem Zusammenhang auch oben S. 345/46, lit. b.

85 Vgl. zur Grundsatzqualität von Treu und Glauben oben S. 175 ff., Ziff. II., bes. S. 183/84, lit. D.; zur Vorgegebenheit von Treu und Glauben über verschiedenste Sachbereichsgrenzen hinweg oben S. 233, lit. e.

86 Vgl. zur Darstellung einiger dieser Konkretionen oben S. 267 ff., § 20.

87 Vgl. dazu etwa die soeben S. 383, vor Anm. 84, genannte Sachgruppe.

88 Vgl. zu dieser geschlossenen Sachgruppe Merz, N 461 ff. zu ZGB 2.

89 Vgl. dazu schon die Hinweise oben S. 357, Anm. 19.

90 Vgl. dazu Merz, N 407 ff. zu ZGB 2.

91 Vgl. dazu oben S. 376/77, lit. b.

92 Vgl. dazu Merz, N 511 ff. zu ZGB 2; ferner N 423 daselbst.

Mittel zur Bereinigung des Problems zur Verfügung stehen und eine individualisierende Konkretisierung die Bejahung eines Rechtsmissbrauchs gebietet⁹³. In diesem Sinne kann jede Sachgruppe auf eine eventuelle vereinzelte Übernahme in den Bereich des öffentlichen Rechts geprüft werden; die Resultate dieser Prüfung können aber durchaus verschieden ausfallen.

Es liesse sich auch etwa untersuchen, ob eine Sachgruppe von Anwendungsfällen des in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes erkannt werden kann, die den Namen Wirtschaftsrechtsmissbrauch tragen könnte; dies in dem Sinne, dass die Regelhaftigkeit eines klar umschreibbaren und einigermaßen abgeschlossenen Regelungskomplexes des Wirtschaftsrechts oder einzelner seiner Regeln Gegenstand des Missbrauchs im Sinne des Rechtsmissbrauchsverbotes wäre⁹⁴.

Zum Schluss sei nochmals betont, dass alle Sachgruppen von Rechtsmissbrauchs-fällen immer in Anlehnung an die vorgegebenen Lebensverhältnisse zustande kommen und daher nicht mit den gewohnten Einteilungen, wie sie die Rechtsordnung vornimmt, übereinstimmen müssen.

C. Schlussbemerkungen

Diese wenigen Hinweise zur Sachgruppenbildung hinsichtlich der Anwendungsfälle der Generalklausel vom verbotenen Rechtsmissbrauch mögen im Rahmen einer theoretischen Analyse genügen. Es soll jetzt noch von jenem Stadium der Entwicklung einer bestimmten Fallgruppe von Rechtsmissbräuchen die Rede sein, wo es dennoch zur Regelbildung kommt, d.h. von der Durchgangsfunktion des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB, das nicht-regelbildend und individualisierend zu konkretisieren ist.

93 Auf diesen Anknüpfungspunkt zu vereinzelter Ausdehnung der Anwendung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes ins öffentliche Recht ist oben S. 318/19, lit. c, bes. S. 319, bei Anm. 38, schon hingewiesen worden.

94 Insofern wäre eine Sachgruppe unter dem Namen "Wirtschaftsrechtsmissbrauch" denkbar, die – wie Niederhauser, S. 19, Anm. 4, ausführt – keinen neuen Begriff des Rechtsmissbrauchs neben jenem des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB aufstellen würde. Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung des Rechtsmissbrauchs und seiner Untersagung müsste also geprüft werden, ob eine krasse Überdehnung wirtschaftsrechtlicher Regeln, die den Massstab des Rechtsmissbrauchsurteils abgäben, Gegenstand der fraglichen Missbräuche bildet, und in einer zweiten Phase liesse sich vielleicht eine entsprechende Sachgruppe hinsichtlich der betreffenden Anwendungen des Prinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch erkennen.

IV. Anhang: Zur Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes

A. Theoretisches zum Ablauf der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes

1. Der Ausgangspunkt in den Sachgruppen

Die einzelnen Rechtsmissbrauchsurteile durchbrechen die einzelnen Regeln oder Regelungskomplexe und Rechtsinstitute nur punktuell als Ausnahmefälle. Zudem erlauben sie dem Richter keine freie rechtspolitische Gestaltung, sondern er verweigert nur dem Beharren auf einer bestimmten Rechtsposition oder einer bestimmten Rechtsausübung den Rechtsschutz⁹⁵. Das betreffende Recht als solches wie auch andere, nicht im Bereich der krassen Überdehnung der Regel anzusiedelnde Ausübungen bleiben vom Rechtsmissbrauchsurteil unberührt⁹⁶. Das stimmt überein mit der individualisierenden, ohne Regelbildung ablaufenden, geistigen Tätigkeit des Konkretisierens im Vorfeld des Rechtsmissbrauchsurteiles.

Diese punktuellen Regeldurchbrechungen können nun aber verständlicherweise nicht den Ausgangspunkt für die Prägung neuer Regeln abgeben, findet doch im Rechtsmissbrauchsurteil eben nur der einzelne ausserordentliche Fall von Missbrauch der Regelhaftigkeit des Rechts keinen Rechtsschutz. Beim so verstandenen Gegenstand des Rechtsmissbrauchs kann die Regelbildung nicht ansetzen⁹⁷. Hier erlangen vielmehr die Sachgruppen, die bezüglich der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes eine in Anlehnung an die vorgegebenen Verhältnisse entwickelte Gliederung und einen zusammenfassenden Überblick schaffen, ihre über diese bloss darstellende Funktion hinausgreifende Bedeutung⁹⁸. Werden die *Sachgruppen* nämlich *in Anlehnung an die vorgegebenen Strukturen der rechtlich zu beurteilenden Lebensverhältnisse* gebildet, kann *bei ihnen die Suche nach einem neuen Modell beginnen, nach dessen Vorgabe eine neue Regel* geformt werden könnte.

95 Vgl. dazu oben S. 329/30, lit. a; ferner schon S. 326, Ziff. 2.

96 Das bedeutet, dass andere Ausübungsmöglichkeiten oder andere Gestaltungen der Rechtslage durch den Berechtigten, sofern sie überhaupt noch möglich sind, nicht vom Rechtsschutz ausgeschlossen sind, wenn ein Rechtsmissbrauchsurteil ergangen ist.

97 Vgl. zum eigentlichen Gegenstand des Rechtsmissbrauches oben S. 355 ff., Ziff. II., bes. S. 360, Ziff. 5., sowie in zusammenfassender Weise S. 361 ff., Ziff. 1.

98 Vgl. zur Sachgruppenbildung in ihrer gliedernden Funktion oben S. 381 ff., Ziff. III.

2. Die Erkenntnis eines neuen wesensmässigen Modelles

Wenn es gelingt, in der einzelnen Sachgruppe auf Grund der phänomenologischen Wesensanschauung⁹⁹ ein neues, der Gattung oder Art nach bestimmtes Modell¹⁰⁰ zu entdecken, steht dem Richter oder dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen, den Weg zu einer neuen Regel zu beschreiten oder gar eine schon bestehende insofern zu erneuern, als die Erkenntnis des ihr zugrundeliegenden Modelles revidiert werden muss. Es steht aber keineswegs fest, dass die Erkenntnis eines, seinem Wesen nach bestimmbar, neuen Modelles geschehen muss; es sind durchaus Rechtsmissbrauchsfälle denkbar, die vereinzelte regeldurchbrechende Punktationen bleiben und daher nicht vollständig in das System bestehenden Rechts eingebaut werden können¹⁰¹. Zudem kann es – insbesondere, wenn der Gesetzgeber keinen dringenden Anlass zu neuer Regelbildung sieht – sehr lange Zeiträume beanspruchen, bis ein neues Modell wesensmässig erkannt ist oder ein schon bestehendes inhaltlich verändert wird¹⁰². Kommt es aber zu dieser Erkenntnis, so ist der Weg zu einer neuen oder einem neuen Verständnis einer bisherigen Regel geebnet.

3. Die Prägung einer neuen Regel

a) Als originäre Regelbildung

Das auf Grund der Sachgruppenbildung mittels phänomenologischer Anschauung gefundene Modell kann die Prägung einer neuen Regel veranlassen. Dieser Regelbildungsvorgang ist ein originärer Rechtsetzungsakt des Richters oder des Gesetzgebers und unterscheidet sich als solcher erheblich von der blossen Verweigerung des Rechtsschutzes in den einzelnen Rechtsmissbrauchsurteilen. Im Falle dieser Regelbildung wird in mehr oder weniger freier rechtspolitischer Gestaltung¹⁰³ neues Regelrecht geschaffen. Die früheren Rechtsmissbrauchsurteile geben dank

99 Vgl. allgemein zur Wesensanschauung oben S. 53/4, lit. b.

100 Vgl. ausführlicher zu dieser Wesenserkenntnis und der Entdeckung von Gattungs- oder Artmodellen oben S. 53 ff., Ziff. III., bes. S. 56 ff., Ziff. 1.

101 So wohl etwa das oben S. 377 ff., lit. c., angeführte Beispiel; vgl. im übrigen allgemein zur Möglichkeit systematisch nicht vollständig einzuordnender Elemente des Rechts oder auch einzelner Anwendungen von Prinzipien oben S. 97, Ziff. 7., sowie S. 98, lit. B.

102 Sofern ein Phänomen allerdings wirklich wesensmässig als vorgegeben erkannt worden ist, dauert der Zeitraum seiner tatsächlichen Veränderung ausserordentlich lange; vgl. dazu schon oben S. 40/1, Ziff. 2. Es ist aber eben auch denkbar, dass das Modell, das eigentlich wesensmässig hinter einer Regel steht, erst noch erkannt oder vervollständigt werden muss und bisher erst eine Teilvorstellung von ihm allgemeine Anerkennung in Lehre und Rechtsprechung genossen hat.

103 Der Richter ist allerdings auch dabei immer noch stärker gebunden als die ordentlicherweise für die Gesetzgebung zuständigen Organe des gewaltenteilenden Rechtsstaates.

ihrer späteren sachlichen Gruppierung nunmehr den Anlass zur Erkenntnis eines neuen, wesensmässig bestimmbar Modelles, an welches angelehnt eine neue Regel entsteht. Das Modell selber wird dabei neu entdeckt und die *Regel ist daher unabhängig vom eigentlichen Konkretisierungsakt des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes*. Weder unmittelbar noch mittelbar ist der Konkretisierungsvorgang des Prinzips vom verbotenen Rechtsmissbrauch selber Anlass zur Regelbildung.

Wird die auf diesem Wege geprägte Regel von ihrer gedanklichen Verbindung mit den einstigen Rechtsmissbrauchsurteilen abgehoben, so ist die Durchgangsfunktion des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthalten ist, beendet¹⁰⁴.

b) Neue Regel oder neues Regelverständnis als Varianten der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips

Zwei verschiedene Spielarten der Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes können m.E. auseinandergehalten werden. Die Ursache dafür liegt in der Verschiedenheit der möglichen Erkenntnis eines neuen wesensmässigen Modelles¹⁰⁵. Einerseits kann nämlich tatsächlich ein völlig neues Modell erkannt werden und in Entsprechung dazu die Prägung einer völlig neuen Regel stattfinden¹⁰⁶. Auf der anderen Seite ist es aber möglich, dass infolge der sachlichen Gruppierung und Einordnung der früheren Rechtsmissbrauchsurteile das einer schon bestehenden Regel zugrundeliegende Modell erst vollständig erkannt und daher ergänzt wird, was zugleich zu einem neuen, unter Ausschöpfung aller Mittel der Auslegung erreichbaren Regelverständnis führt¹⁰⁷. In diesen beiden Varianten kann die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes ihr Ende finden.

Will man darunter die Bemühung um die Erkenntnis neuer Modelle und die Prägung ihnen entsprechender neuer Regeln resp. neuer Verständnismöglichkeiten schon bestehender Regeln verstehen, so kann man tatsächlich bezüglich der Verwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes zur "Bildung unmittelbar durchsetzbarer Regeln, die geeignet sind, morgen dem positiven Recht einverleibt zu werden"¹⁰⁸, auffordern. Damit ist nichts anderes als eine Aufforderung zur rechtzeitigen Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes ausgesprochen.

104 Vgl. zu den Eigenheiten dieses sehr seltenen Ablaufes der Durchgangsfunktion von Rechtsprinzipien in völliger Unabhängigkeit von deren eigentlichem Konkretisierungsakt allgemein auch oben S. 130, Ziff. 3.; ferner das Gegenteil des Normalfalles vergleichsweise bei der Durchgangsfunktion des Grundsatzes von Treu und Glauben oben S. 295 ff., Ziff. V.

105 Vgl. dazu oben S. 386, Ziff. 2.

106 Vgl. dazu als Beispiele oben S. 376/77, lit. b, sowie sogleich S. 388/89, Ziff. 1.

107 Vgl. dazu als Beispiel unten S. 390 ff., Ziff. 2.

108 Vgl. Merz, N 38 zu ZGB 2.

In diesem Sinne sollte m.E. auch die Aufforderung bezüglich der Korrektur des Regelrechts mittels Art. 2 Abs. 2 ZGB verstanden werden, es "sollte stärker auf Regelbildung hin tendiert werden (...), wenn auch dieses Ziel mit der gebotenen Zurückhaltung anzustreben ist und selbstverständlich das andere Extrem einer verfrühten und zu generellen Normierung ebenfalls vermieden werden soll"¹⁰⁹. Verfrühter und zu verallgemeinernder Regelbildung wird durch individualisierende Konkretisierung und den Verzicht auf Regelbildung bei dieser geistigen Tätigkeit im Falle des einzelnen Rechtsmissbrauchsurteils wirksam zu steuern sein. Die Regelbildung setzt eben m.E. erst nach der Sachgruppenbildung auf dem Weg über die Erkenntnis neuer Modelle und dementsprechend gestalteter neuer Regeln bzw. neuer Regelinterpretationen bestehenden Regelrechts ein und ist daher als Rechtssetzungsakt zu qualifizieren, der vom Konkretisierungsvorgang des Rechtsmissbrauchsverbots vollkommen unabhängig ist.

Im Sinne dieser soeben umschriebenen Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips wird "eine Positivierung contra legem anders als im Wege der Gesetzgebung" eben "einzig durch die Rechtsmissbrauchsnorm ausdrücklich legitimiert"¹¹⁰.

B. Beispiele zur Veranschaulichung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes

1. Die sog. Scheinehen

a) Einzelne Rechtsmissbrauchsurteile am Anfang

Im Jahre 1939 erging das erste Urteil des Bundesgerichts, in dem eine sog. Scheinehe, auch Bürgerrechtsehe genannt, für nichtig erklärt wurde¹¹¹. Zur gleichen Problemlage folgten in kurzen zeitlichen Abständen weitere Urteile unseres höchsten Gerichts¹¹². Im Entscheid BGE 67 I 273 ff. wurde noch einmal ausdrücklich

109 Vgl. Meier-Hayoz, N 301 zu ZGB 1, unter Bezugnahme auf Merz, N 31/2, 37, 42, 83, 228, 507 ff. zu ZGB 2.

110 Vgl. Merz, N 42 a.E. zu ZGB 2.

111 Vgl. das Urteil in BGE 65 II 133 ff.; ausführlicher zum rechtsmissbräuchlichen Verhalten in diesen Fällen oben S. 340 ff., lit. b.

112 Vgl. etwa BGE 66 II 225 ff., 67 II 63/4, 68 II 273 ff., 77 II 1 ff.

auf den ausgesprochenen Ausnahmecharakter rechtsmissbräuchlicher Benutzung der Regelhaftigkeit des Institutes der Ehe hingewiesen¹¹³:

“Die Absicht, eine Scheinehe zu schliessen, wird nur in den seltensten Fällen ohne weiteres mit der nötigen Sicherheit feststellbar sein; sie wird sich – mehr als die übrigen Nichtigkeitsgründe – in der Regel nur auf Grund der sorgfältigen Würdigung von Indizien ermitteln lassen.”

Am Anfang standen also vereinzelte Urteile, die einen Rechtsmissbrauch bejahten.

b) Die Zusammenfassung zur Sachgruppe

Weil innerhalb weniger Jahre während und nach dem zweiten Weltkrieg mehrere Urteile über Scheinehen ergingen, lag es wohl nahe, sie zur eigenen Sachgruppe von Anwendungsfällen des Rechtsmissbrauchsverbotes zusammenzufassen. Ihr entnahm der Gesetzgeber später ein neues Modell von Lebensvorgängen, das er einer neuen gesetzlichen Bestimmung zugrunde legte.

c) Das Modell und die daraus abgeleitete neue Regel

Das neue Modell und die daraus 1952 geschöpfte neue Regel von Art. 120 Ziff. 4 ZGB waren aber mehr als eine blossse Positivierung des Missbrauchs der Regelhaftigkeit des Institutes der Ehe¹¹⁴. Das neue Modell und die neue Regel umfassen nämlich auch die Umgehung der Vorschriften über die Einbürgerung. Das bestätigt die Feststellung, dass die Regelbildung zufolge des Durchgangs durch die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB unabhängig von deren eigentlichem Konkretisierungsakt und unter Anlehnung an ein neues Modell zur Prägung einer völlig neuen Regel führt¹¹⁵. Mit dem Erlass der Regel von Art. 120 Ziff. 4 ZGB war die Durchgangsfunktion des Grundsatzes vom verbotenen Rechtsmissbrauch für die betreffende Problemlage zugleich beendet; eine unechte Lücke des Gesetzes war durch eine Regel des Gesetzes ersetzt.

113 Vgl. BGE 67 I 276; es ging in diesem Urteil darum, dass der Zivilstandsbeamte die Beurteilung eines eventuellen Rechtsmissbrauchs den Gerichten zu überlassen habe. Der Hinweis auf die Absicht zur Scheinehe im wiedergegebenen Zitat ist insofern überflüssig, als es beim Rechtsmissbrauch immer um eine objektiv vorhandene Überdehnung der Regelhaftigkeit des Rechts geht; hingegen bestätigt die Urteilspassage die nur vereinzelt und fallweise Betrachtung durch den Hinweis auf die Notwendigkeit eingehender “Würdigung der Indizien” als den Normalfall der Rechtsmissbrauchsprüfung.

114 Vgl. die Wiedergabe des Wortlautes von Art. 120 Ziff. 4 ZGB oben S. 340, Anm. 151.

115 Vgl. dazu oben S. 386/87, lit. a.

2. Die Fälle unzulässiger Berufung auf Formungültigkeit

a) Die Anfänge in einzelnen Rechtsmissbrauchsurteilen

Anfänglich waren es nur vereinzelte Urteile, in denen eine Berufung auf die Formungültigkeit eines Rechtsgeschäftes für rechtsmissbräuchlich erklärt wurde¹¹⁶. Eine Häufung ergab sich hinsichtlich von Grundstückkäufen, bei denen ein falscher Preis verkündet wurde.

b) Die Zusammenfassung zur Sachgruppe

Infolge der Häufigkeit der Fälle, in denen die Frage nach missbräuchlicher Berufung auf einen Formmangel zumindest geprüft werden musste, kam es zur Bildung einer eigenen Sachgruppe dieser Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbotes. Sie sind auch in der Kommentierung von *H. Merz* zu Art. 2 ZGB zu einer eigenen und umfangreichen sachlichen Gruppierung zusammengefasst¹¹⁷.

c) Die Möglichkeit der Erkenntnis neuer Modelle und eines neuen Verständnisses der bestehenden Formvorschriften

Eine verabsolutierte Auffassung der Formvorschriften ist im Verschwinden begriffen; die Formvorschriften des modernen Rechts dienen nur mehr einem oder mehreren bestimmten Zwecken¹¹⁸. Über den Inhalt und die Grenzen des dahinter stehenden Modelles lässt sich zusammenfassend folgendes sagen¹¹⁹:

“Die den Formvorschriften des Privatrechts zugrunde liegenden Zwecke lassen sich fast alle auf den Gedanken des Partei- oder Privatschutzes zurückführen: Schutz vor Übereilung, Beweis-sicherung, Verkehrssicherheit unter den Parteien ...; in diesem Rahmen ist die Verabsolutierung der Formvorschriften notwendig. Nach der Erfüllung entfallen diese Schutz- und Sicherungszwecke.”

Damit ist zugleich schon ein neues Modell umschrieben, das ergänzend zu den bisherigen der privatrechtlichen Formvorschriften hinzutritt. Viele der Überdehnungen

116 Es wird im folgenden auf die Aufzählung der vielen Urteile, in denen auch die Frage eines Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf einen Formmangel geprüft worden ist, verzichtet; vgl. dazu ausführlich und mit vielen Angaben zur Judikatur *Merz*, N 461 ff. zu ZGB 2.

117 Vgl. dazu *Merz*, N 461 ff. zu ZGB 2.

118 Vgl. dazu *Merz*, N 462 zu ZGB 2.

119 Vgl. *Merz*, N 466 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals fehlt.

der Regelhaftigkeit von Formvorschriften, die krass sind, lassen sich diesem Modell zuordnen. Die Vornahme freiwilliger Erfüllungshandlungen stellt denn auch in den meisten Gerichtsurteilen die Schwelle zwischen der Bejahung und der Verneinung der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Formmängel dar¹²⁰. Wurde schon erfüllt, ist der Geltendmachung eines Formmangels der Rechtsschutz in der Mehrzahl der Fälle verweigert worden, weil sie rechtsmissbräuchlich war, d.h. die Regelhaftigkeit der Formvorschriften in gröblichster Weise überdehnte.

Aus diesen Gründen wäre m.E. tatsächlich der Zeitpunkt erreicht, wo “eine auslegungsmässige Beschränkung der Formvorschriften” nach Massgabe des umschriebenen Modelles vorzunehmen ist, weil “die Rechtsmissbrauchstatbestände zur Herausbildung genügend gefestigter Regeln geführt haben”¹²¹. Die folgenden Sätze fassen dieses Ergebnis präzise zusammen¹²²:

“Im Umfange, in welchem dies möglich ist – das trifft insbesondere zu für die grundsätzliche Anerkennung der Heilung des in der Hauptsache freiwillig erfüllten mit einem Formmangel behafteten Vertrages –, erscheint die Regel nicht mehr als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs, sondern als Ergebnis der zutreffenden Auslegung der Formvorschriften, in erster Linie des Art. 11 Abs. 2 OR (ferner Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB). Art. 2 Abs. 2 behält seine Durchgangs- und Konkretisierungsfunktion nur für die Grenzfälle, die ihrerseits wieder nach Fallgruppen zu gliedern sind, um schliesslich, nach genügender Erprobung und Festigung Grundlage neuer selbständiger Regeln zu werden.”

Für alle diese Fälle wäre die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes beendet und es bestünden neue Regeln resp. ein neues, an die veränderte Erkenntnis der zugrundeliegenden Modelle angepasstes Verständnis der Regeln über die bei Rechtsgeschäften einzuhaltenden Formen; denn das neu erkannte Modell ist “bei genauer Betrachtung aber im Begriffe, nur noch als Ergebnis zutreffender Auslegung der Formvorschriften zu erscheinen”¹²³.

In einem allerneuesten Entscheid zeigt sich das Bundesgericht geneigt, für die Fälle, die sich auf die Formvorschriften von Art. 216 OR beziehen, zur Regelbildung im Sinne eines neuen, von der Auslegung bestimmten Verständnisses dieser Bestimmungen überzugehen, indem – unter Anknüpfung an eine frühere Praxis – wieder “die Erfüllung in der Hauptsache als erheblicher Umstand berück-

120 Vgl. die Zusammenfassung dieses Ergebnisses der Analyse der Praxis bei Merz, N 486 zu ZGB 2.

121 Vgl. Merz, N 464 zu ZGB 2.

122 Vgl. Merz, N 509 zu ZGB 2; die Hervorhebung des Originals ist weggelassen worden.

123 Vgl. Merz, N 422 zu ZGB 2; vgl. ferner dazu auch noch N 468 daselbst.

sichtigt wird”¹²⁴, weil es angebracht erscheine. Eine definitive Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes für diese Fälle findet aber auch in diesem Entscheid (noch) nicht statt.

Es ist daher wohl nur noch eine Frage der Zeit, bis der Jahrzehnte dauernde Prozess der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips bezüglich der unzulässigen Geltendmachung der Formungültigkeit von Rechtsgeschäften sein Ende finden wird. Der Anfang wird wohl mit den Grundstückkäufen und der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit gemäss Art. 216 OR bei freiwilliger Erfüllung gemacht werden. Einer Ausdehnung auf weitere Formvorschriften und ihre immanente, wesentlich von Treu und Glauben mitbestimmte, auslegungsmässige Begrenzung steht m.E. über kurz oder lang nichts im Wege. Bezüglich dieser Problemlage wird der Durchgang der rechtlichen Beurteilung durch das Rechtsmissbrauchsverbot wohl in absehbarer Zeit beendet sein.

3. Abschliessende Bemerkungen

Bei der detaillierten Darlegung eines beendeten¹²⁵ und eines seinem Ende nahe stehenden¹²⁶ Durchganges rechtlicher Beurteilung durch das Prinzip des Art. 2 Abs. 2 ZGB soll es sein Bewenden haben. Es sei nur noch darauf hingewiesen, dass entsprechende Vorgänge bezüglich grösserer oder kleinerer Sachgruppen festgehalten werden können. So findet sich etwa in einem bezirksgerichtlichen Entscheid aus dem Kanton Zürich vom Jahr 1956 eine Formulierung hinsichtlich gewisser Ausnahmefälle gegenüber der Regel von Art. 66 OR¹²⁷, die unter Anlehnung an eine bestimmte, verhältnismässig kleine Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen und deren Modell entstanden zu sein scheint und der Beendigung des Durchganges durch das Rechtsmissbrauchsverbot fähig wäre. Es liesse sich mit den Mitteln der Auslegung durchaus ein entsprechendes neues Verständnis der Regel von Art. 66 OR erreichen; in diesem Urteil wird nämlich die folgende Formel ausgesprochen¹²⁸:

“Wer sich, wie der Beklagte es getan hat, eine Zuwendung versprechen und leisten lässt, von der er weiss, dass sie nur unter dem Einfluss einer Zwangslage zugestanden wird, darf sich nicht auf OR 66 berufen.”

Es wäre allenfalls möglich, diese regelhafte Formulierung als völlig neue, richterlich geschöpfte Regel im Zusammenhang mit Anrufungen von Art. 66 OR allgemein zu

124 Vgl. BGE 104 II 105.

125 Vgl. dazu oben S. 388/89, Ziff. 1.

126 Vgl. dazu oben S. 390 ff., Ziff. 2.

127 Vgl. zu dieser Fallgruppe von Rechtsmissbräuchen schon ausführlicher oben S. 337 ff., lit. b.

128 Vgl. BIZR 55 (1956) Nr. 152, S. 315.

beachten. Auch dann wäre die Durchgangsfunktion von Art. 2 Abs. 2 ZGB für eine bestimmte Fallgruppe durch nachträgliche, vom Konkretisierungsakt des Rechtsmissbrauchsverbotes unabhängige Regelbildung des Richterrechts beendet.

C. Terminologische Folge des beendeten Durchganges

Nach Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips für eine bestimmte Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen besteht entweder eine neue – gesetzliche oder richterliche – Regel oder ein neues Verständnis einer bisher schon vorhandenen Regel und ihres Auslegungsergebnisses. In all diesen Fällen sollte bei späterer Verwendung der betreffenden Regel nicht mehr von Rechtsmissbrauch gesprochen werden, sondern von der neu verstandenen Regel oder der neu geschöpften Regel. Wo eine solche Regel nicht vom Gesetzgeber, sondern vom Richter aufgestellt worden ist, müsste sie – mangels einer Kurzbezeichnung, wie sie die Artikelzahlen von Gesetzen sind – folglich jedesmal einfach wiederholt werden, um sie zu kennzeichnen. Im übrigen würde nach Beendigung der Durchgangsfunktion von Art. 2 Abs. 2 ZGB auch die den früheren Rechtsmissbrauchsurteilen zugrundeliegende unechte Lücke des Gesetzes nicht mehr bestehen, sondern an deren Stelle wäre eine neue Regel oder das erneuerte Verständnis einer bestehenden Regel getreten; die Lücke wäre generell gefüllt und insofern beseitigt.

Die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB kann – und das sei abschliessend bemerkt – theoretisch auch gegenüber krassen und somit rechtsmissbräuchlichen Überdehnungen der Regelhaftigkeit dieser neuen Regeln wirksam werden; auch deren Regelhaftigkeit ist von der Möglichkeit des offenbaren Missbrauchs nicht auszuschliessen¹²⁹.

129 Das ist zugleich ein weiteres Argument für massvolle und zurückhaltende Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes mittels nachträglicher Regelbildung in Anlehnung an von den Sachgruppen offenbarte Modelle. Eine so geschaffene neue Regel sollte ja, wenn immer möglich, nicht schon kurz nach ihrem Entstehen abgeändert werden müssen, wenn sie vom Richter stammt, oder mit Rechtsmissbrauchsurteilen erneut durchbrochen werden müssen, wenn sie vom Gesetzgeber erlassen worden ist.

V. Die möglichen Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB

Art. 2 ZGB enthält in jedem seiner beiden Absätze einen allgemeinen Rechtsgrundsatz¹³⁰. Bei der demzufolge notwendig getrennten Untersuchung¹³¹ der beiden Prinzipien hat sich ergeben, dass sowohl der Grundsatz von Treu und Glauben¹³² als auch das Rechtsmissbrauchsprinzip¹³³ – entsprechend einer für alle Rechtsgrundsätze gültigen Erkenntnis¹³⁴ – je eine Durchgangsfunktion haben. Es gibt demnach *zwei* infolge der verschiedenen Konkretisierungsformen der beiden Grundsätze im einzelnen durchaus verschieden ablaufende *Durchgangsfunktionen des Art. 2 ZGB in seiner Gesamtheit*.

Auf eine Besonderheit sei noch hingewiesen, die sich daher einstellen kann: Es wäre denkbar, dass nach Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips vorerst ein neues, wesentlich vom Hilfsmittel Treu und Glauben als Auslegungstütze mitbestimmtes Verständnis einer bestehenden Regel aufzukommen vermag¹³⁵ oder eine entsprechend von Treu und Glauben mitgeformte neue Regel. In einer zweiten Etappe der Rechtsentwicklung kann man sich sodann vorstellen, dass das betreffende neue Auslegungsverständnis oder die Auslegung der neuen Regel zum gleichen Resultat gelangt, wobei nur noch alle üblichen Elemente der Auslegung zur Erreichung dieses Zieles benötigt und benützt würden und kein besonderer Beizug des Hilfsmittels Treu und Glauben mehr erforderlich wäre¹³⁶. Wo sich tatsächlich einmal eine solche Entwicklung abspielen sollte, könnte dann von einer gestaffelten, einer zweifachen oder einer doppelten Durchgangsfunktion des Art. 2 ZGB in seiner Gesamtheit gesprochen werden; im Grunde genommen würden sich dann jedoch in zwei auseinanderzuhaltenden Phasen die beiden verschiedenen Durchgangsfunktionen der zwei Prinzipien, die Art. 2 ZGB enthält, abgespielt haben.

130 Vgl. dazu oben S. 173 ff., § 16, bes. zusammenfassend S. 198, Ziff. IV.

131 Vgl. dazu oben S. 199 ff., § 17, bes. zusammenfassend S. 206, Ziff. VI.

132 Vgl. dazu oben S. 295 ff., Ziff. V.

133 Vgl. dazu oben S. 385 ff., Ziff. IV.

134 Vgl. dazu oben S. 129 ff., § 9, bes. S. 131, Ziff. III.

135 So wäre es etwa bezüglich der oben S. 390 ff., Ziff. 2., erwähnten Fälle unzulässiger Berufung auf Formungültigkeit denkbar, dass die Praxis der Gerichte vorerst den Durchgang durch das Rechtsmissbrauchsverbot auf dem Wege über eine vor allem von Treu und Glauben bestimmte Auslegung der Formvorschriften vollzöge.

136 Verliefe die Entwicklung des in Anm. 135 hievor aufgegriffenen Beispiels in ihrer ersten Phase wie dort beschrieben, könnte es später, in einer zweiten Etappe, zu einer Verselbstständigung dieses Auslegungsergebnisses, ohne noch besonders auf das Prinzip von Treu und Glauben Bezug zu nehmen, kommen, womit auch die Durchgangsfunktion des Prinzips von Treu und Glauben erfüllt und beendet wäre. Beide möglichen Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB wären dann zu Ende.

VI. Resultate

Wichtigstes Ergebnis der Betrachtungen zur Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes ist die praktische Bestätigung der schon früher auf theoretischem Wege gewonnenen Einsicht, dass die *Individualisierung* tatsächlich jene Form geistiger Tätigkeit des Denkens ist, die als geschlossener Denkvorgang dem Grundsatz zugehört. Dem Grundsatz vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch ist die Individualisierung als Denkform seiner Anwendung zugehörig.

Als Folge der individualisierend vorzunehmenden Konkretisierung und des damit aus rechtsstaatlichen Gründen im Falle von Art. 2 Abs. 2 ZGB einhergehenden Verzichts auf Regelbildung verbleibt hinsichtlich der Anwendungsfälle des Grundsatzes vom Rechtsmissbrauchsverbot nur das Minimum der Gliederung nach Sachgruppen.

In der Sachgruppenbildung liegt aber zugleich der Ausgangspunkt der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsprinzips. In Anlehnung an die nach sachlichen Gesichtspunkten gruppierten Rechtsmissbrauchsfälle lassen sich nämlich vielfach – wenn vielleicht auch erst nach jahrzehntelanger Entwicklung – auf Grund der phänomenologischen Wesensanschauung neue, der Gattung oder Art nach bestimmte Modelle entdecken. Im Anschluss an diese Modelle kann der Richter oder, sofern ein aktuelles Bedürfnis dafür sichtbar wird, der Gesetzgeber eingreifen. Dabei wird entweder eine neue Regel geschöpft oder das Verständnis bisheriger Regeln an das wesensmässig präzisere erkannte Modell angepasst. Bei diesen Vorgängen wird das Modell selber neu entdeckt und die Regel daher unabhängig vom eigentlichen Konkretisierungsakt des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes völlig neu geprägt. Diese rechtspolitische Gestaltung unterscheidet sich als solche ganz erheblich von der blossen Verweigerung des Rechtsschutzes hinsichtlich einer Rechtsposition oder einer Rechtshandhabung im einzelnen Rechtsmissbrauchsurteil. Es sind aber auch Fälle denkbar und vorzubehalten, bei denen es ihrer Systemfremdheit wegen nicht zur Regelbildung kommen kann.

In terminologischer Hinsicht sollte nach Beendigung des Durchgangs durch das Rechtsmissbrauchsprinzip bezüglich einer Problemlage nicht mehr von Rechtsmissbrauchsfällen gesprochen werden, sondern von den entsprechenden neuen Regeln resp. dem neuen Verständnis schon früher bestehender Regeln. Die betreffende unechte Lücke im Gesetz besteht nicht mehr; sie ist durch die neue Regel beseitigt worden. Auch gegenüber solchen, nach Durchgang durch das Rechtsmissbrauchsprinzip entstandenen Regeln ist im Falle missbräuchlicher, weil krasser Überdehnung ihrer verselbständigten Dasein führenden Regelmässigkeit theoretisch wieder ein Rechtsmissbrauchsurteil denkbar.

Hinsichtlich des gesamten Art. 2 ZGB ist festzuhalten, dass bezüglich seiner beiden Grundsätze eine im einzelnen durchaus verschieden ablaufende Durchgangsfunktion vorhanden ist. Es ist zudem die Entwicklung denkbar, dass diese beiden Durchgangsfunktionen im Laufe von Jahrzehnten nacheinander und bezüglich des

gleichen Rechtsproblems ablaufen; insofern kann dem Art. 2 ZGB als Ganzem unter bestimmten Umständen eine zweifache Durchgangsfunktion zugeschrieben werden. Genau besehen sind es aber auch dann die beiden möglichen und verschiedenen Durchgangsfunktionen der beiden verschiedenen Prinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot, die nacheinander und getrennt ablaufen.

I. Vorbemerkungen

Aus einem Rückblick auf die in der vorliegenden Arbeit zum Rechtsmissbrauchsprinzip gewonnenen Einsichten sollen jetzt einige Erläuterungen zu seiner Anwendbarkeit folgen. Weil seine positivrechtliche Rechtfertigung für seinen allgemeinen Geltungsbereich des Zivilrechts in Art. 2 Abs. 2 ZGB sichergestellt ist¹, kann sie im folgenden vorausgesetzt werden. Es geht nunmehr einzig um die Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes als solche. Zuerst werden einige Bemerkungen zur Indirektheit der Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsprinzips folgen²; im Anschluss daran wird es um die Frage gehen, ob es selbständig oder unselbständig anwendbar ist³.

II. Die bloss indirekte Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsprinzips

Das Rechtsmissbrauchsprinzip ist – wie alle allgemeinen Rechtsgrundsätze – begriffsnotwendig und im Gegensatz zu den Rechtssätzen nur indirekt anwendbar. Das ist ausführlich begründet worden und sei hier nur der Vollständigkeit halber noch einmal wiederholt⁴.

Von zentralem Interesse muss jedoch die Beantwortung der Frage sein, ob das Rechtsmissbrauchsverbot nur unselbständig oder möglicherweise und als Ausnahmefall selbständig anwendbar ist. Dieser Frage wollen wir uns nun noch zuwenden.

1 Vgl. dazu oben S. 350 ff., Ziff. V., bes. S. 350/51, Ziff. 1.

2 Vgl. dazu sogleich S. 397, Ziff. II.

3 Vgl. dazu unten S. 398 ff., Ziff. III.

4 Vgl. dazu schon den Begriff des Rechtsprinzips oben S. 25, lit. E.; sodann die Zuerkennung der Grundsatzqualität an das Rechtsmissbrauchsverbot oben S. 184 ff., Ziff. III., bes. zusammenfassend S. 197, lit. D.; ferner zur steten Indirektheit der Anwendbarkeit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen allgemein auch noch oben S. 91, Ziff. 1.

III. Die beschränkte selbständige Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes

A. Keine Bedeutung als Hilfsmittel der normalen Rechtsfindungstätigkeiten

Um einen Missbrauch der Regelhaftigkeit von – vertraglichem oder gesetztem – Regelrecht⁵ beurteilen zu können, muss die gesamte übrige Rechtsfindungstätigkeit abgeschlossen sein⁶. Nur nach Beendigung der Tätigkeiten des Auslegens des Regelrechts und des Ausfüllens von echten Lücken und von Lücken intra legem können die Massstäbe eines eventuellen Rechtsmissbrauchs für den gerade zu beurteilenden Fall herauskristallisiert werden⁷. Erst nach Beendigung dieser normalen Rechtsfindungstätigkeiten kann in individualisierender und nicht-regelbildender Betrachtung des anstehenden Falles ein Rechtsmissbrauchsurteil ergehen, sofern eine krasse und somit missbräuchliche Überdehnung der Regelhaftigkeit des Regelrechts festgestellt werden muss.

Aus diesen Gründen kann umgekehrt gesagt werden, der Rechtsmissbrauchsgrundsatz könne unmöglich als Hilfsmittel der vorgängigen Rechtsfindungstätigkeit dienen⁸. Normalerweise genügen die Ergebnisse der genannten Rechtsfindungstätigkeiten, um zu einer endgültigen Rechtsanwendung für den betreffenden Fall zu gelangen. Nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen muss in einer zusätzlichen Phase der regeldurchbrechende Korrektureingriff des Rechtsmissbrauchsverbotes an die vorgängige Rechtsfindungstätigkeit angeschlossen und in die rechtliche Beurteilung des Einzelfalles einbezogen werden. Die Regelberichtigung kann eben begriffsnotwendig erst nach der vollständigen und abschliessenden Ermittlung der Regel einsetzen.

5 Vgl. zur Regelhaftigkeit des Rechts als eigentlichem Gegenstand des Rechtsmissbrauches oben S. 355 ff., Ziff. II., bes. S. 361 ff., Ziff. 1.

6 Vgl. dazu schon oben S. 331/32, lit. c.

7 Vgl. zu den möglichen Massstäben der Rechtsmissbräuchlichkeit, die vom Gegenstand des Rechtsmissbrauches zu trennen sind, oben S. 335 ff., lit. C., zusammenfassend S. 346/47, Ziff. 5.

8 Als ein wesentliches solches Hilfsmittel hat sich hingegen der Grundsatz von Treu und Glauben erwiesen; vgl. dazu zusammenfassend oben S. 303/04, lit. A.; ferner auch ausführlicher dazu oben S. 269 ff., lit. A.

B. Die beschränkte selbständige Justiziabilität des Rechtsmissbrauchsverbotes

1. Im allgemeinen

Obwohl das Rechtsmissbrauchsverbot keinen eigenen Tatbestand in ausreichender Vollständigkeit umschreibt⁹ und ganz allgemein die Kriterien oder die Massstäbe seiner Anwendung nicht selber klarstellt¹⁰, ist es in einer beschränkten Weise selbständig anwendbar. Selbständige Anwendbarkeit bedeutet ja nichts anderes, als dass die Konkretionen eines Prinzips für sich allein anwendbar sind und die Anrufung des Prinzips einen selbständigen Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels abzugeben vermag¹¹.

Konkreteionen des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes, d.h. Individualisationen des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB, sind nun insofern selbständig anwendbar, als die einzelnen Regeldurchbrechungen in einer selbständigen und an die normale Rechtsfindungstätigkeit anzuschliessenden Phase der Rechtsanwendung vorgenommen werden¹². Dennoch "darf sich nicht mit dem blossen Hinweis auf Art. 2 begnügen"¹³, wer einen Rechtsmissbrauch beurteilen will, sondern er muss dazu präzisere Angaben über die Rechtsmissbräuchlichkeit machen, die er nur aus den Mitteln und auf den Wegen der vorangehenden Rechtsfindung beziehen kann; insofern ist die Selbständigkeit der Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbotes beschränkt¹⁴. Noch stärker tritt die beschränkte selbständige Justiziabilität des Rechtsmissbrauchsprinzips m.E. dann hervor, wenn im Einzelfall einzig mit der Begründung, es liege ein Rechtsmissbrauch vor, ein Rechtsmittel ergriffen wird. Natürlich müssen auch dann, aus der ganzen rechtlichen Beurteilung und Begründung der Vorinstanz, die Gründe angegeben werden, die fälschlicherweise nicht als Konkretionen des Prinzips und damit nicht als Rechtsmissbrauch gewürdigt worden sein sollen, der keinen Rechtsschutz verdiene; auf der anderen Seite genügt aber die Anrufung des Grundsatzes mit einer solchen Begründung, die sich als eine prozessuale Pflicht darstellt, als selbständiger Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels in Zivilstreitigkeiten. Nach den vorstehenden Überlegungen kann m.E. der Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB eine beschränkte selbständige Justiziabilität zuerkannt werden. Das in dieser Gesetzesbestimmung enthaltene Prinzip stellt dem-

9 Vgl. dazu oben S. 186/87, lit. b, bes. S. 186/87, bei Anm. 71.

10 Vgl. dazu oben S. 335/36, Ziff. 1.

11 Vgl. dazu allgemein oben S. 89 ff., Ziff. V., bes. S. 90/1, lit. B.

12 Vgl. dazu, inwiefern die Phase des Rechtsmissbrauchsurteils von der vorgängigen übrigen Rechtsfindung abgehoben ist, auch soeben S. 398, lit. A.

13 Vgl. Merz, N 31 zu ZGB 2.

14 Hier liegt m.E. einer der Berührungspunkte des Rechtsmissbrauchsverbotes mit der zivilprozessualen Substantiierungspflicht; vgl. den Hinweis darauf schon aus einer allgemeinen Perspektive oben S. 90, vor und in Anm. 46.

nach auch in dieser Hinsicht einen Ausnahmefall unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen dar¹⁵; als Korrekturprinzip der Regeldurchbrechung ist es in beschränkter Weise selbständig anwendbar¹⁶. Wird seine (selbständige) Anwendbarkeit im einzelnen Fall bejaht, kommt es zur Verweigerung des Rechtsschutzes für eine bestimmte Rechtsposition oder eine bestimmte Rechtshandhabung, wie es Art. 2 Abs. 2 ZGB als Rechtsfolge anordnet.

Auch das Rechtsmissbrauchsverbot ist im übrigen, wie der Grundsatz von Treu und Glauben, auf Grund der prozessrechtlichen Maxime der richterlichen Rechtsanwendung selbst dann von Amtes wegen anzuwenden, wenn sich die Parteien nicht darauf berufen¹⁷. Diese Maxime des Prozessrechts, *iura novit curia*, gilt nämlich selbstverständlich für den ganzen Art. 2 ZGB, für beide seine Absätze und somit für deren beide allgemeinen Rechtsprinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot.

2. Kein Allerweltsmittel der Rechtsanwendung im besonderen

Die schon mehrfach betonte Stellung eines eventuellen Rechtsmissbrauchsurteils am Ende aller vorgängigen und normalerweise zur rechtlichen Beurteilung ausreichenden Rechtsanwendungstätigkeit muss ein weiteres Argument für Zurückhaltung bei seiner praktischen Verwendung sein¹⁸. Das regeldurchbrechende Korrekturprinzip vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch entfaltet seine Wirkung, die in der Verweigerung des Rechtsschutzes besteht, nur in Fällen ausgesprochen krasser, offener Überdehnungen der Regelhaftigkeit des Rechts und rechtlicher Betrachtungsweise in den Bereichen der verselbständigtes geistiges Dasein als objektivierter Geist führenden Rechtsregeln. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist kein Heilmittel für alle schwierigen, auf den ersten Blick vielleicht unbefriedigenden oder sog. stossenden Fälle rechtlicher Beurteilung. Insofern ist nach Durchsicht der Judikatur zum Rechtsmissbrauchsverbot an die Worte von *M. Gmür* zu erinnern, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB

15 Vgl. allgemein dazu, dass unselbständige Justiziabilität der Normalfall der Anwendbarkeit von Rechtsgrundsätzen sein muss, oben S. 90/1, lit. B., sowie S. 92/3, lit. B.; ferner zum Vorbehalt von Ausnahmefällen gegenüber dem Normalfall allgemein oben S. 93, lit. C.

16 Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich also der Grundsatz von Art. 2 Abs. 2 ZGB erheblich vom Prinzip von Art. 2 Abs. 1 ZGB; vgl. zur Unselbständigkeit der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben oben S. 303 ff., Ziff. III., bes. S. 305, Ziff. 3.

17 Vgl. dazu auch Merz, N 99 zu ZGB 2; ferner bezüglich der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben von Amtes wegen schon oben S. 305, nach Anm. 21.

18 Vgl. zur Mahnung zu zurückhaltender Verwendung des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes schon oben S. 331/32, lit. c; ferner auch noch etwa S. 393, vor und in Anm. 129, sowie auch noch S. 398, lit. A.

“von den Parteien oft zu Unrecht, quasi als ‘Mädchen für alles’
angerufen”

werde¹⁹. Als Mädchen für alles kann auch die Generalklausel vom Rechtsmissbrauch und seiner Untersagung nicht dienen. Ihrer Anwendung geht ja nicht nur alles präzisere Recht vor²⁰, sondern die gesamte auslegende und ergänzende Rechtsanwendung schlechthin. Auch der Rechtsmissbrauchsgrundsatz ist demnach *kein überragendes Superprinzip* unserer Rechtsordnung²¹. Nur für krasse Missbräuche der verselbständigten Regelhaftigkeit des (Regel-)Rechts ist er geschaffen; zur Auflösung anderer Unzukömmlichkeiten der Ergebnisse rechtlicher Beurteilung müssen andere Wege beschritten werden²².

IV. Resultate

Der Rechtsmissbrauchsgrundsatz ist, wie alle allgemeinen Rechtsgrundsätze, begriffsnotwendig immer nur indirekt anwendbar.

Weil der Anwendung des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht nur alles präzisere Recht, sondern die gesamte auslegende und ergänzende Rechtsanwendung vorzuziehen hat, kann das Prinzip als Hilfsmittel dieser Rechtsfindungstätigkeiten keinerlei Bedeutung haben.

Insofern, als die einzelnen Regeldurchbrechungen und Korrekturen mittels Konkretionen des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes in einer eigenen und den Rechtsfindungsprozess abschliessenden Phase der Rechtsanwendung vorzunehmen sind, ist das Prinzip begrenzt selbständig anwendbar. Noch stärker zeigt sich diese beschränkte Selbständigkeit der Anwendbarkeit, wo die Anrufung des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB eine eigene Begründung zur Ergreifung eines Rechtsmittels abgibt. Beschränkt ist die Selbständigkeit der Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsprinzips dadurch, dass die genauere Begründung des Missbrauchs der Regelhaftigkeit des Rechts und der im betreffenden Fall zutreffende Massstab des Rechtsmissbrauchs aus der vorgängigen Rechtsfindungstätigkeit entnommen werden. Darin liegt zugleich schon ein Berührungspunkt des Rechtsmissbrauchsverbotes mit der zivilprozessualen Substantiierungspflicht.

19 Vgl. Gmür, N 14b a.A. zu ZGB 2.

20 Diese Formel ist bezüglich der Anwendbarkeit von Treu und Glauben aufgestellt worden; vgl. dazu oben S. 302, lit. B.

21 Vgl. allgemein zur Ablehnung von Superprinzipien im Recht oben S. 100, Ziff. IV.

22 Das kann auch dazu führen, dass eine Neuregelung durch den Gesetzgeber den einzigen gangbaren Weg zur Bereinigung der Schwierigkeiten darstellt; vgl. dazu auch den Gedanken oben S. 331/32, nach Anm. 112.

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist, wie der Grundsatz von Treu und Glauben, von Amtes wegen anzuwenden. Das ergibt sich aus der für den ganzen Art. 2 ZGB geltenden prozessrechtlichen Maxime der richterlichen Rechtsanwendung. Der Richter hat beide Grundsätze des Art. 2 ZGB also auch anzuwenden, wenn sich die Parteien nicht ausdrücklich darauf berufen.

Auch die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt – wie es schon für das Prinzip von Treu und Glauben festgehalten worden ist – kein Heilmittel für alle Unzukömmlichkeiten der Rechtsanwendung dar. Ihr Anwendungsbereich ist beschränkt auf krasse Missbräuche der Regelhaftigkeit des Rechts; denn auch das Rechtsmissbrauchsverbot ist kein Superprinzip unserer Rechtsordnung.

§ 27

ANHANG:

TABELLARISCHER ÜBERBLICK ZUM PRINZIP VOM RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT UND SEINER ZUGEHÖRIGEN KONKRETISIERUNGSFORM DER INDIVIDUALISIERUNG

I. Vorbemerkungen

1. In schematischer Form sollen in einer tabellarischen Übersicht die Abläufe der Individualisierung des regeldurchbrechenden Korrekturprinzips des krassen Missbrauchs der Regelhaftigkeit des Rechts¹ dargestellt werden².
2. Das Schema *muss* aus zweifachem Grunde unvollständig bleiben: Zum einen fiel es sehr schwer, die ganze Fülle von Rechtsmissbrauchsfällen in einem räumlich auf zwei Seiten begrenzten Überblick darzustellen; das gilt ganz besonders, weil sich nicht alle Rechtsmissbrauchsfälle schon heute in Sachgruppen gliedern lassen. Zum zweiten kann ein solcher Überblick gar nie vollständig sein, da es zu den Eigenheiten von Rechtsprinzipien gehört, zu immer neuen Anwendungen konkretisiert werden zu können, wenn nur die entsprechenden neuen Problemlagen in den Lebensvorgängen auftauchen³.
3. Aus den soeben für die Unvollständigkeit der schematischen Darstellung genannten Gründen werden in der Übersicht selber nur Beispiele aufgeführt; es wird mit anderen Worten kein Anspruch erhoben, ein umfassendes Schema vorzustellen.
4. Auch das nachfolgende Schema hat den Mangel aller Schemata: Es bringt die Dinge in einer vereinfachenden Perspektive zum Ausdruck⁴.
5. Da beim Konkretisierungsvorgang des Rechtsmissbrauchsverbotes selbst jegliche Regelbildung zu unterbleiben hat, ist bei der Erstellung des Schemas die Sachgruppenbildung von Anwendungsfällen des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 2 ZGB Richtlinie gewesen. Ferner hat auch die Abgrenzung zur unabhängigen Regelbildung bei Beendigung der Durchgangsfunktion des Prinzips Beachtung finden müssen.
6. Das nachfolgende Schema fasst in kürzester Form einige wichtige Ergebnisse des 6. Kapitels des besonderen Teils der vorliegenden Arbeit zusammen.

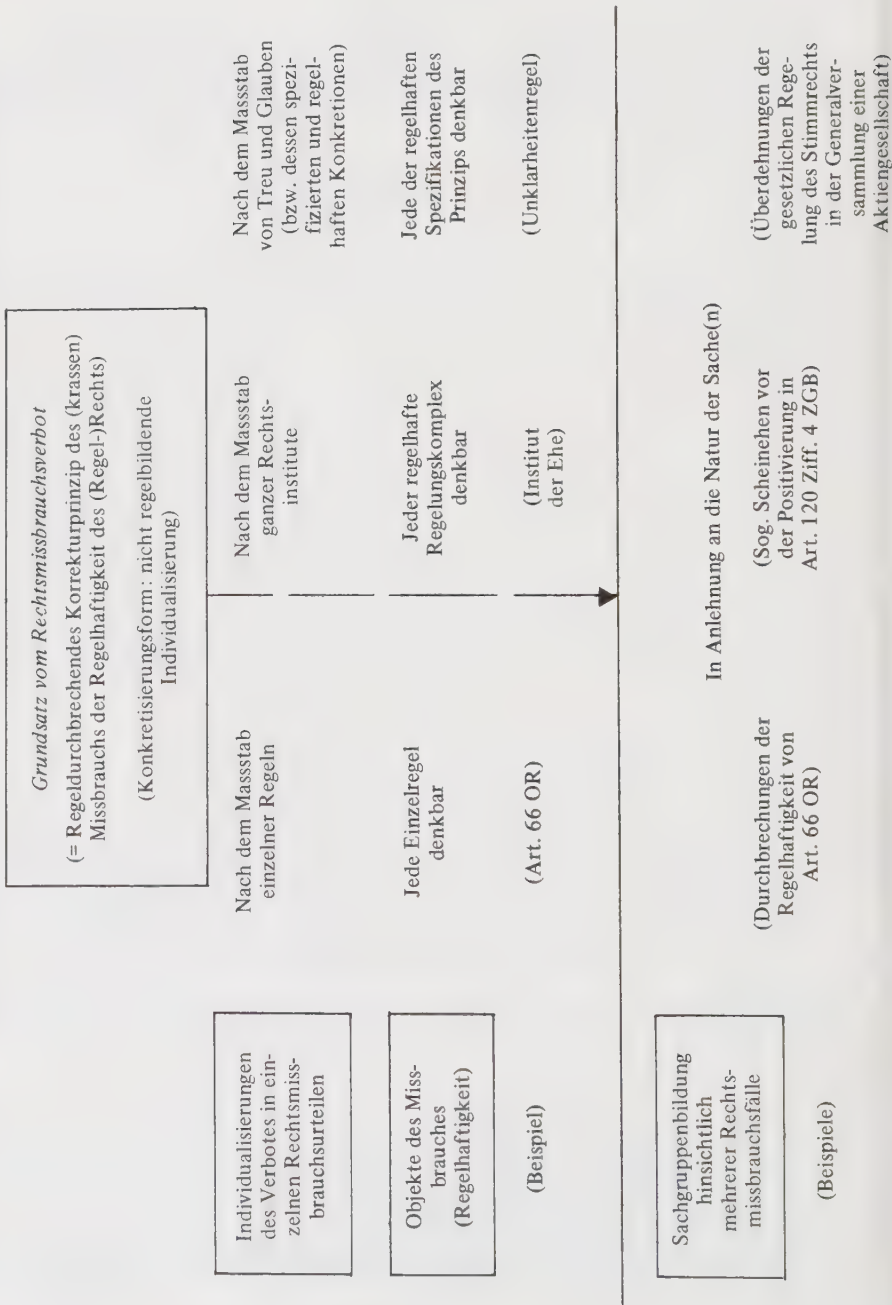
1 Vgl. zu dieser Formel als Umschreibung des Rechtsmissbrauchsverbotes oben S. 361/62, lit. a, bes. S. 361, nach Anm. 34.

2 Vgl. zum ausführlichen Nachweis der Individualisierung als der Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsprinzips anhand von Belegen oben S. 368 ff., § 25.

3 Vgl. dazu schon allgemein oben S. 92, Ziff. 2.

4 Darauf ist schon oben S. 307, Ziff. 4., bezüglich der schematischen Darstellung des Grundsatzes von Treu und Glauben und seiner Konkretisierungsform der Spezifikation hingewiesen worden.

II. Schema des Prinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot und seiner Konkretisierungsform der Individualisierung



Erkenntnis eines neuen wesensmassigen Modelles

Der Gattung oder Art nach bestimmt; auf Grund der phänomenologischen Wesensanschauung

(Beispiele)

(Erzwungene Zuwendungen, wenn Handeln in Zwangslage bekannt)

(Ehen, die ohne Interesse an einer lang dauernden Lebensgemeinschaft und nur zum Zweck der Umgehung der Einbürgerungsvorschriften geschlossen werden)

(Aus Schutzzwecken, die zeitgebunden sind, formgebundene Rechtsgeschäfte)

Prägung einer originär neuen Regel (oder eines neuen Regelverständnisses bestehender Regeln)

In Anlehnung an das entdeckte wesensmässig erkannte Modell

(Beispiele)

(Wer sich eine Zuwendung versprechen und leisten lässt, von der er weiss, dass sie unter Einfluss von Zwang zustanden wird, darf sich nicht auf Art. 66 OR berufen.)

(Art. 120 Ziff. 4 ZGB)

(Ein neues Verständnis der bestehenden Formvorschriften, dass nach Erfüllungshandlungen nicht die Nichteinhaltung von Formvorschriften angerufen werden kann.)

Ende der Durchgangsfunktion des Prinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB

III. Schlussbemerkungen

Für einen Überblick über die hauptsächlichen Unterschiede kann das vorstehende Schema vom Rechtsmissbrauchsprinzip und seiner Konkretisierungsform demjenigen zum Grundsatz von Treu und Glauben und dessen Konkretisierungsform gegenübergestellt werden⁵.

Damit ist das Ende der Erörterungen zum Prinzipiengehalt und der zugehörigen Konkretisierungsform des in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltenen Rechtsmissbrauchsgrundsatzes erreicht. Zugleich sind damit auch die Erläuterungen zum zentralen Erkenntnisgegenstand des besonderen Teils dieser Arbeit, zu Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, beendet. Es bleibt nur noch die Aufgabe, eine Bilanz der wichtigsten Ergebnisse dieser Ausführungen zu Art. 2 ZGB zu ziehen. Das wird im folgenden geschehen⁶.

5 Vgl. das Schema des Grundsatzes von Treu und Glauben und seiner Konkretisierungsform oben S. 308/09, Ziff. II.

6 Vgl. dazu unten S. 407 ff., 4. Abschnitt.

4. Abschnitt

Hauptergebnisse aus der Untersuchung
des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB
und der zugehörigen Konkretisierungsformen

7. KAPITEL

BILANZ DER AUSFÜHRUNGEN ÜBER TREU UND GLAUBEN, RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT UND IHRE KONKRETISIERUNG

§ 28 HISTORISCHES UND GRUNDSATZQUALITÄT; HINWEISE AUF ZWISCHENBILANZEN

1. Im Vordergrund der Betrachtungen im besonderen Teil sind Nutzenwendungen des allgemeinen Teils gestanden, um – unter Verarbeitung der gesichteten Judikatur – Aussagen zum Prinzipiengehalt und zu den Konkretisierungsformen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB zu machen¹. Am Ende jedes Paragraphen sind Zwischenbilanzen der jeweiligen Resultate gegeben worden. Sie werden im folgenden nicht mehr in voller Länge wiederholt. Es geht vielmehr darum, die wichtigsten Ergebnisse der Erörterungen zum Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB und den zugehörigen Konkretisierungsformen in einem kurzen Überblick zusammenzufassen. Für detailliertere Darlegungen aller Zwischenergebnisse wird daher auf die Zusammenstellungen der Resultate am Ende jedes Paragraphen verwiesen.
2. Im historischen Rückblick auf die heute mit dem Gebot von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot verbundenen Vorstellungen haben sich dreierlei Einsichten ergeben: Erstens ist der Grundgedanke des heute in Art. 2 Abs. 1 ZGB verkörperten Gebotes von Treu und Glauben in Jahrtausende dauernder, gleichbleibender Konstanz zu verfolgen; zum zweiten ist der Durchbruch zu einem umfassenden Verständnis des heute in Art. 2 Abs. 2 ZGB fixierten Rechtsmissbrauchsverbotes – über ein Schikaneverbot hinaus – erst in neuester Zeit vollzogen worden; drittens darf schon die Verschiedenheit der historischen Entwicklungsabläufe als Anzeichen grundlegender Verschiedenheiten zwischen den Aussagen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB gedeutet werden.
3. Eine Untersuchung nach Massgabe des im allgemeinen Teil entwickelten Begriffes vom Rechtsprinzip hat für das Gebot von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot die Bestätigung ihrer Grundsatzqualität ergeben. *Sowohl das Gebot von Treu und Glauben als auch das Rechtsmissbrauchsverbot ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz.*

¹ Vgl. dazu oben S. 143, Einleitung.

4. Da die Grundsatzqualität beider Absätze von Art. 2 ZGB je für sich und somit selbständig ermittelt worden ist, haben beide Rechtsprinzipien getrennt auf ihren prinzipiellen Gehalt und die Konkretisierungsformen bei ihrer Anwendung untersucht werden müssen, um jetzt die Ergebnisse einander gegenüberstellen zu können.

§ 29
**DER PRINZIPIENGEGHALT VON ART. 2 ZGB
UND DIE ZUGEHÖRIGEN KONKRETISIERUNGSFORMEN**

A. Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)

1. Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt gleichermassen für das gesamte Zivilrecht wie für das ganze öffentliche Recht; er ist ein Prinzip der beiden grossen Sachbereiche der Rechtsordnung.
2. Das Prinzip von Treu und Glauben ist in der geltenden Rechtsordnung enthalten; da es in Art. 2 Abs. 1 ZGB ausdrücklich ausgesprochen ist, kann von der Generalklausel von Treu und Glauben gesprochen werden.
3. Die Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB ist der vorgegebenen Tatsache der Begrenztheit menschlichen Handelns innerhalb der menschlichen Verbundenheit nachgebildet; das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, ist daher ein als Schranke der Rechtshandhabung jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip.
4. Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält ein Prinzip mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt. Treu und Glauben übt in diesem Sinne eine Massstabfunktion aus. Da die ethische Generalklausel von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB in reiner Gebotsform ausgesprochen ist, handelt es sich bei ihr um eine *lex imperfecta*, d.h. sie vermag keine eigenen, unmittelbar eintretenden Rechtsfolgen auszulösen; dafür bedarf sie einer Verbotsnorm, die Treu und Glauben zu einem der Massstäbe ihrer Rechtsfolgeanordnung erhebt. Als diese Verbotsnorm hat sich das Rechtsmissbrauchsverbot herausgestellt.
5. Der Grundsatz von Treu und Glauben nimmt bei seiner Anwendung an der Regelbildungstendenz des Rechts und rechtlicher Betrachtungsweise teil. Bei seiner Anwendung werden Regeln geprägt. Er hat gegenüber dem bestehenden Regelrecht keinerlei Korrekturfunktion.
6. Für seine praktische Verwendbarkeit ist dem Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB (für das gesamte Zivilrecht) und in der Rechtsstaatsklausel von Art. 4 BV (für das gesamte öffentliche Recht) ein genügender Begründungszusammenhang gesichert.
7. Mit einer sinngleichen Umschreibung könnte der Grundsatz von Treu und Glauben als Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit bezeichnet werden.

B. Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Das Verbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist in seiner feststehenden Berichtigungsfunktion ein Prinzip des gesamten Privatrechts. Eine generelle Übertragung in das öffentliche Recht erscheint als verfrüht, müssten doch die systematischen Auswirkungen solcher Ausdehnung und die Frage, inwieweit andere, schon bestehende Einrichtungen des öffentlichen Rechts die Aufgabe des Verbotes wahrnehmen, erst noch weiter abgeklärt werden. Einer vereinzelt Übernahme in Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen, wie sie heute schon bezüglich der Fälle der Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung geschieht, steht hingegen nichts im Wege.
2. Der Grundsatz vom (verbotenen) Rechtsmissbrauch ist in der geltenden Rechtsordnung enthalten; weil er in Art. 2 Abs. 2 ZGB ausdrücklich niedergeschrieben ist, kann er als Generalklausel angesprochen werden.
3. Da die Regelhaftigkeit des Rechts vorgegeben ist, gehört die Normberichtigung zu den vorgegebenen rechtstechnischen Phänomenen. Das Rechtsmissbrauchsverbot in seiner normberichtigenden Funktion ist daher seiner Möglichkeit nach ein vorgegebenes Rechtsprinzip.
4. Die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält ein hochgradig technisiertes Prinzip, das keinen eigenen ethischen Gehalt aufweist, wenn es auch einem ethischen Postulat Nachdruck verleiht.
5. Das Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot stellt in seinem Verhältnis zur regelhaften Rechtsordnung ein regeldurchbrechendes Korrekturprinzip dar. Bei seiner Anwendung verkehren sich die Anforderungen der Ordnungsfunktion des Rechts im Interesse des bestehenden und weiter in Geltung bleibenden Regelrechts in ihr Gegenteil und es kann keine Betrachtung nach wesensmässig zu erkennenden Modellen erfolgen, weshalb bei seinem Konkretisierungsakt selbst jegliche Regelbildung zu unterbleiben hat. Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten der Modifikation bestehenden Regelrechts bei der Rechtsanwendung ist grösste Zurückhaltung hinsichtlich der Benutzung des Rechtsmissbrauchsverbotes angebracht.
6. Die positivrechtliche Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes für seine praktische Verwendbarkeit in Belangen des ganzen Privatrechts ist in Art. 2 Abs. 2 ZGB sichergestellt. Wie die Frage einer generellen Übernahme des Prinzips in das öffentliche Recht vorerst noch offenzuhalten ist, fehlt dem Verbot rechtsmissbräuchlicher Rechtshandhabung auch noch ein allgemeiner Begründungszusammenhang für diesen zweiten grossen Sachbereich der Rechtsordnung.
7. Eigentlicher Gegenstand des Rechtsmissbrauchs und Massstäbe der Rechtsmissbräuchlichkeit können auseinandergehalten werden. Das Verbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB enthält selbst keinerlei Hinweis auf die Massstäbe des einzelnen Rechtsmissbrauchsurteils; als solche können die Modelle einzelner Regeln, die Modelle ganzer Regelungskomplexe oder Rechtsinstitute und der Grundsatz

von Treu und Glauben bzw. seine regelhaften Konkretionen festgehalten werden. Den eigentlichen Gegenstand des Rechtsmissbrauchs bildet immer die Regelhaftigkeit bestehenden gesetzten, gewohnheitsrechtlichen, richterlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelrechts: Missbraucht wird die Regelhaftigkeit des Regelrechts im Bereich der krassen Überdehnung ihres verselbständigten geistigen Daseins als objektivierter Geist, dem ein entsprechend krasses Abweichen vom überhaupt noch möglichen Modell, das der betreffenden Regel zugrunde liegt, gegenübersteht.

8. Mit einer inhaltlich gleichen Umschreibung liesse sich der Grundsatz vom Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) bezeichnen.

C. Der Berührungspunkt der beiden in Art. 2 ZGB enthaltenen Prinzipien von Treu und Glauben und vom Rechtsmissbrauchsverbot

1. Der Berührungspunkt zwischen den beiden an sich völlig eigenständigen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die in den zwei Absätzen von Art. 2 ZGB enthalten sind, ist ein einheitlicher; er stellt sich nur, je nach der Wahl des Blickwinkels vom einen oder vom anderen Prinzip aus, verschieden dar.
2. Aus der Sicht des Grundsatzes von Treu und Glauben ist das Rechtsmissbrauchsverbot jene Verbotsnorm, die ihm mittelbar zu eigenen Rechtsfolgen in Form der Verweigerung des Rechtsschutzes für die betreffende Rechtshandhabung verhilft; von der Warte des Rechtsmissbrauchsverbotes aus betrachtet geben in diesen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben resp. dessen regelhafte Konkretionen den Massstab der Rechtsmissbräuchlichkeit ab. Was dem Grundsatz von Treu und Glauben die Vermittlung eigener, wenn auch auf bloss mittelbare Weise eintretender Rechtsfolgen durch das Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot ist, das ist dem Grundsatz vom verbotenen Rechtsmissbrauch in genau diesen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben als einer seiner möglichen Massstäbe.
3. Weil der Massstab von Treu und Glauben bzw. der Konkretionen dieses Prinzips wohl der wichtigste und der am häufigsten anzutreffende der Rechtsmissbräuchlichkeit ist, und da in diesen Fällen das Rechtsmissbrauchsverbot dem Gebot von Treu und Glauben zu mittelbaren eigenen Rechtsfolgen verhilft, und da zudem beide Grundsätze der zwei Absätze von Art. 2 ZGB die Rechtsanwendung wesentlich mitbestimmen, sind die Gründe dargetan, welche die Vereinigung der Prinzipien von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbotes in einem einzigen Gesetzesartikel als herausragende gesetzgeberische Leistung ausweisen.

D. Konkretisierungsform und Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben

1. Regelbildung und spezifizierende Betrachtungsweise sind notwendig gekoppelte Vorgänge. Aus diesem theoretischen Grund muss die Konkretisierungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben die Denkform der Spezifizierung sein. Eine Analyse der Spruchpraxis der Gerichte hat diese Einsicht vollumfänglich bestätigt.
2. Die Durchgangsfunktion der Generalklausel von Treu und Glauben entspricht demnach dem Normalfall unmittelbarer Regelbildung bei der Vornahme der Konkretisierung selber.
3. Auch gegenüber Regeln, die ursprünglich als Spezifikationen des Prinzips von Treu und Glauben entstanden sind und, nach Beendigung des Durchganges durch das Prinzip, die verselbständigte Daseinsweise des Regelrechts als objektivierten Geist teilen, kann erneut eine von Treu und Glauben mitbestimmte Auslegung und Ergänzung einsetzen.
4. Das Prinzip von Treu und Glauben ist – wie jeder allgemeine Rechtsgrundsatz – definitionsgemäss nur indirekt anwendbar. Darüber hinaus entspricht es aber auch insofern dem Normalfall allgemeiner Rechtsgrundsätze, als es nur unselbständig anwendbar ist, d.h. immer zusätzlich zu anderen Normen hinzutritt und keinen selbständigen Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels abzugeben vermag. Daher liegt der Schwerpunkt der praktischen Anwendung von Treu und Glauben in seiner Funktion als Hilfsmittel der normalen Rechtsfindungstätigkeit (Auslegung und Ergänzung).

E. Konkretisierungsform und Anwendbarkeit des Prinzips vom Rechtsmissbrauchsverbot

1. Da Regelbildung und Spezifizierung immer gekoppelt auftreten und bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes jede Regelbildung zu unterbleiben hat, muss die Konkretisierungsform des Prinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB diejenige der Individualisierung sein. Diese theoretisch gefundene Einsicht hat eine Untersuchung der Fälle in der gesichteten Judikatur bestätigt, in denen das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches geprüft wurde.
2. Dementsprechend anders verläuft die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsgrundsatzes: Nach einzelnen Rechtsmissbrauchsurteilen können, in Anlehnung an die Natur der Sache(n) zu erkennende Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen gebildet werden. Sie ermöglichen es nach längerer Zeit, ein neues Modell wesensmässig zu erkennen, das zur Grundlage einer neuen Regel oder

- eines neuen Verständnisses einer schon bestehenden Rechtsregel gemacht werden kann. Dann ist die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots beendet und es sollte nicht mehr von Rechtsmissbrauchsfällen gesprochen werden.
3. Auch gegenüber solchen, ursprünglich auf Rechtsmissbrauchsurteilen beruhenden Rechtsregeln kann die regeldurchbrechende Korrektur mittels des Verbotes von Art. 2 Abs. 2 ZGB erneut wirksam werden, sofern nur die Konstellation der krassen Überdehnung der Regelhaftigkeit gegeben ist.
 4. Das Prinzip vom verbotenen Rechtsmissbrauch ist – wie jedes Rechtsprinzip – begriffsnotwendig nur indirekt anwendbar. Das Rechtsmissbrauchsverbot, d.h. eine Individualisation des Prinzips von Art. 2 Abs. 2 ZGB, ist insofern selbständig anwendbar, als die einzelne Regeldurchbrechung in einer eigenen und an die normale Rechtsfindungstätigkeit anzuschliessenden Phase der Rechtsanwendung vorgenommen wird und als im einzelnen Fall mit der alleinigen Begründung, es liege ein Rechtsmissbrauch vor, ein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Dennoch müssen präzisere Angaben über die Rechtsmissbräuchlichkeit gemacht werden, die wiederum nur aus der vorangehenden Rechtsfindung bezogen werden können. In diesem Sinne ist das Rechtsmissbrauchsverbot beschränkt selbständig anwendbar.

F. Zur Anwendung des Art. 2 ZGB in seiner Gesamtheit

1. Der gesamte Art. 2 ZGB ist auf Grund der prozessrechtlichen Maxime der richterlichen Rechtsanwendung (*iura novit curia*) von Amtes wegen anzuwenden.
2. In seiner Gesamtheit hat Art. 2 ZGB zwei auseinanderzuhaltende Durchgangsfunktionen. Diese können bezüglich einer Rechtsfrage im Laufe der Zeit auch nacheinander ablaufen, indem von Rechtsmissbrauchsurteilen zu einer von Treu und Glauben mitbestimmten Auslegung von Rechtsregeln und hernach zu einem ohne besonderen Beizug von Treu und Glauben zu ermittelnden Auslegungsergebnis fortgeschritten wird.

§ 30

THESENARTIGE ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERKENNTNISSE ZU TREU UND GLAUBEN UND RECHTSMISSBRAUCHSVERBOT

1. Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ist ein in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes, ausdrücklich positiviertes und somit als Generalklausel anzusprechendes, als Schranke aller Rechtshandhabung vorgegebenes Rechtsprinzip der beiden grossen Sachbereiche des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts mit eigenem eindeutig ethischem Gehalt, das bei seiner bloss indirekten und unselbständigen Anwendung als Hilfsmittel der normalen Rechtsfindung (Auslegung und Ergänzung gesetzten, gewohnheitsrechtlichen, richterlichen und rechtsgeschäftlichen Regelrechts), die von Amtes wegen vorzunehmen ist, unmittelbar regelbildend ist, mit der geistigen Tätigkeit der Spezifizierung zu konkretisieren ist und dessen Durchgangsfunktion daher im Konkretisierungsvorgang selbst ihr Ende findet.
2. Der Grundsatz von Treu und Glauben entspricht in all diesen Eigenschaften dem Normalfall eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.
3. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist ein in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes, ausdrücklich positiviertes und somit als Generalklausel anzusprechendes, in seiner Berichtigungsfunktion vorgegebenes regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit des (Regel-)Rechts des gesamten Zivilrechts, das vereinzelt, aber nicht generell in den Sachbereich des öffentlichen Rechts übernommen werden kann, rechtstechnischer Art und ohne irgendwelchen ethischen Gehalt ist, bei seiner bloss indirekten und beschränkt selbständigen Anwendung, die von Amtes wegen und erst nach Abschluss der vorgängigen Rechtsfindungstätigkeiten (Auslegung und Ergänzung) zwecks Füllung unechter Lücken gesetzten, gewohnheitsrechtlichen, richterlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelrechts stattzufinden hat, nicht-regelbildend ist, mit der Denkform der Individualisierung zu konkretisieren ist und dessen Durchgangsfunktion von einzelnen Rechtsmissbrauchsurteilen über die Sachgruppenbildung zur Erkenntnis eines neuen, wesensmässig erkennbaren Modelles im Tatsächlichen führen kann, an welches angelehnt eine neue Regel oder ein neues Verständnis einer schon bestehenden Regel geformt werden kann.
4. Das Prinzip vom verbotenen Rechtsmissbrauch entspricht in all diesen Eigenschaften dem seltenen Fall eines regeldurchbrechenden Korrekturprinzips der geltenden Rechtsordnung.
5. Was dem Grundsatz von Treu und Glauben als einer *lex imperfecta* die Vermittlung eigener, wenn auch nur mittelbar eintretender Rechtsfolgen durch das Prinzip vom Rechtsmissbrauchsverbot ist, das ist dem Grundsatz vom verbotenen

Rechtsmissbrauch in genau diesen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben (bzw. eine der Spezifizierungen dieses Prinzips) als einer seiner möglichen Maßstäbe.

Sachregister

Es sind zu keinem Schlagwort Hinweise auf Seitenzahlen von Zusammenfassungen im Kontext aufgenommen worden. Die Seitenzahlen der am Ende jedes Paragraphen befindlichen Zwischenbilanzen der jeweiligen Resultate sind in das Sachregister generell unter dem Stichwort "Zwischenbilanzen" genommen worden; die Seitenzahlen der am Ende des allgemeinen und des besonderen Teiles der Arbeit befindlichen Zusammenfassungen der wichtigsten Ergebnisse des jeweiligen Teils sind im Sachregister unter dem Stichwort "Hauptergebnisse" verzeichnet worden.

Vgl. für einen systematischen Abriss über die ganze Arbeit das detaillierte Inhaltsverzeichnis (oben S. X–XXX); vgl. für einen Kurzüberblick über die ganze Arbeit in ihrer Gesamtheit die Inhaltsübersicht (oben S. VII–IX).

Eine grosse Zahl von Querverweisungen ermöglicht es dem Leser, an den auf Grund des Sachregisters gefundenen Stellen auch allfälligen Einzelfragen durch Berücksichtigung der Querverweisungen vertiefend nachzugehen.

Der Wortlaut von im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit bedeutsamen Gesetzesbestimmungen ist im Kontext oder in den Anmerkungen enthalten; vgl. für die diesbezüglichen Fundstellen unter dem Stichwort "Wortlaut" im Sachregister.

Die Umlaute ä, ö und ü sind in der alphabetischen Reihenfolge als ae, oe und ue eingeordnet worden, weshalb z.B. "öffentliches Recht" vor "offenbarer Rechtsmissbrauch" steht.

Verbindungen eines Substantivs mit einem Adjektiv, die terminologisch als Einheit aufzufassen sind, wie z.B. "allgemeine Rechtsgedanken", sind dem Anfangsbuchstaben des Adjektivs zugeordnet worden.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten; ist ein "Anm." angegeben, so bedeutet die davor stehende Zahl die Seite, die dahinter stehende Zahl die Nummer der Anmerkung auf der Seite.

A

Abgrenzungen der Prinzipien vgl. Charakteristika von Prinzipien

Abstrahierung vgl. auch Konkretisierung

- als Denkkoperation 22/3, 103, 106
- Etymologie 23
- gegenläufig zur Konkretisierung 22/3
- bei Rechtsgrundsätzen 24
- Vieldeutigkeit 24, 104/05

abstrakt

- als Gegenpol zu konkret 106
- Rechtsmissbrauchsverbot als 194
- Treu und Glauben als 180

Abstraktion vgl. Abstrahierung sowie Spezifizierung

Adäquanz der Verursachung vgl. Haftpflichtrecht

aemulatio vgl. Schikaneverbot

Änderungen

- von Anwendungen von Prinzipien 68, 92
- von Anwendungen von Prinzipien und Schranken durch das System 98
- der Rechtsprechung 74
- von Regeln durch die erlassende Instanz 72/3, 92, 358

aequitas 150 Anm. 24

Aktiengesellschaft

- Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen 152 Anm. 34
- Durchgriff und Treu und Glauben 270 Anm. 21
- Gleichbehandlungsgrundsatz 195, 276/77
- Mehrheitsentscheide zu Lasten der Minderheit und Rechtsmissbrauch 345 Anm. 178, 383
- objektive Sorgfaltspflicht 116, 216
- Rechte und Pflichten des Aktionärs nach Kapitalbeteiligung als Prinzip 38
- schonende Rechtsausübung 275
- schonende Rechtsausübung und Rechtsmissbrauch 345/46
- vorgeschobene Verwaltungsorgane 216 Anm. 57

Allgemeine Geschäftsbedingungen

- allgemeine Versicherungsbedingungen und Unklarheitenregel 286
- Auslegung nach Treu und Glauben 273, 273 Anm. 40
- Ethisierung, Konventionalisierung und Treu und Glauben 240 Anm. 202, 243 Anm. 224
- Gerichtsstandsklauseln vgl. dort

Allgemeine Geschäftsbedingungen

(Fortsetzung)

- und Sprachgebrauch 273, 286/87
- und Unklarheitenregel 286, 292

Allgemeine Rechtsgedanken vgl. auch Charakteristika von Prinzipien

- als reine Abstrakta 24, 25 Anm. 120, 103, 106, 106 Anm. 3, 108
- Anstand vgl. dort
- Fairness vgl. dort
- Gerechtigkeit 21 Anm. 108
- des öffentlichen Rechts 219 Anm. 81
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 196
- und System 13 Anm. 48, 96, 100, 117, 117 Anm. 54
- Träger ihrer Anerkanntheit 19/20
- Treu und Glauben nicht als 183, 220/21
- zur Umschreibung des Grundgedankens von Treu und Glauben 158

Allgemeinheit als Anerkanntheit 18 ff.

Allgemeinheitsstufe, besondere vgl. Besondere Allgemeinheitsstufe

Allgemeinste Gedanken vgl. auch Charakteristika von Prinzipien

- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 186, 186 Anm. 67
- Treu und Glauben nicht als 175/76

Alltagssprache vgl. Sprachgebrauch

Amtsprachen vgl. Gleichwertigkeit der Texte des Bundesrechts

Anerkennung

- und allgemeine Rechtsgedanken 19/20, 24 Anm. 119
- als Allgemeinheit 18 ff.
- breite 14, 19/20
- breite des Rechtsmissbrauchsverbots 187 ff.
- breite von Treu und Glauben 177 ff.
- von Wohnheitsrecht 18
- mögliche Träger 19/20
- von Prinzipien und objektivierter Geist 70
- und Rechtsgrundsätze 16/7, 19/20, 24 Anm. 119, 25, 26

Anschaulichkeit des Rechts 109/10

Anstand 12 Anm. 45, 235/36, 236 Anm. 180

Anwendbarkeit von Prinzipien

- beschränkte selbständige des Rechtsmissbrauchsverbots 398 ff.
- Denkopoperationen dabei 22 ff., 106/07
- indirekte 13/4, 21/2, 25, 26, 84, 91/2, 93, 103/04

Anwendbarkeit von Prinzipien

(Fortsetzung)

- indirekte und Generalklauseln 39
- indirekte und Konkretisierung 64/5
- indirekte des Rechtsmissbrauchsverbots 196, 397
- indirekte von Treu und Glauben 183, 301/02
- keine selbständige von Treu und Glauben 237, 303 ff.
- Mittelstellung zwischen Rechtssatz und allgemeinen Rechtsgedanken 13/4
- Normalfall und mögliche Ausnahmen 93
- und positivrechtliche Rechtfertigung vgl. dort
- und Schranken durch das System 98
- Seltenheit selbständiger 90/1, 92/3
- Vereinfachungen der Aenderung von Anwendungen von Prinzipien 68, 92
- von Amtes wegen des Rechtsmissbrauchsverbots 400
- von Amtes wegen von Treu und Glauben 305

Anwendung, analoge

- und Ausdehnung von Prinzipien über den angestammten Sachbereich hinaus 31
- Gesetzesanalogie 75
- und Grundlagenirrtum ausserhalb der Verkehrsgeschäfte 281/82
- und schonende Rechtsausübung ausserhalb des Sachenrechts 296 Anm. 133

Anzeigepflichten

- bei einem Arbeitsvertrag 88 Anm. 34, 283
- eines bevormundeten Urteilsfähigen bei Vertragsverhandlungen 283/84
- bei (klar) erkanntem Irrtum 287
- keine allgemeinen 287
- mögliche bei Gerichtsstandsklauseln 293/94

Arbeitsprinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Arbeitsvertrag

- Auslegung unter Beizug von Treu und Glauben 88 Anm. 34, 283

Arglistenrede 338; vgl. auch exceptio doli

Artbegriffe 59, 114

Artbesonderes vgl. Spezifizierung

Arten von Prinzipien 27 ff.

- Einteilung der Prinzipien nach ... vgl. dort
- Mannigfaltigkeit der Einteilungskriterien 27/8
- und Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB 200

Arten von Prinzipien (Fortsetzung)

- und Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 Abs. 1 ZGB 210 ff.
- und Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 Abs. 2 ZGB 314 ff.
- weder Rangfolge noch Ausschlusslichkeit von Einteilungskriterien 47

Artmodelle vgl. Gattungs- und Artmodelle

Arttypus 114/15

Aufbauprinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Aufgabe, rechtstechnische

- des Billigkeitsprinzips 79 Anm. 139
- eines Korrekturprinzips der Regeldurchbrechung 81
- reine des Rechtsmissbrauchsverbots 322/23, 323, 324/25
- von wertneutralen Prinzipien 45, 234 Anm. 173

Aufklärungspflichten vgl. Anzeigepflichten

Ausdrücklich positivierte Prinzipien 37/8, 39

- Billigkeitsprinzip 38
- ethischen Gehalts 46
- und positivrechtliche Rechtfertigung 88, 90
- Rechtsmissbrauchsverbot 320, 320/21
- Treu und Glauben 223, 224
- Verschuldensprinzip 38

Auskünfte, unrichtige (oder fehlerhafte) vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Auskünfte

Auslegung vgl. auch Rechtsfindungstätigkeit

- und Anerkennung von Prinzipien 19/20
- und Formvorschriften 391/92
- freiere 74, 316
- und Gesetzesumgehung 270 Anm. 21, 316, 340/41
- Hilfsmittel vgl. Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit
- und Legalitätsprinzip 318 Anm. 33
- und Lückenfüllung 38 Anm. 80
- als Sinnergmittlung 37, 74, 157 Anm. 56, 240, 317/18
- systematisches Element 96
- teleologisches Element 38, 270/71, 271 Anm. 24, 336 Anm. 137, 339/40
- und Wortlaut 21, 37 Anm. 72, 70, 74

Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften

- Hilfsmittel vgl. Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit
- objektivierende nach Treu und Glauben mangels feststellbaren Parteiwillens 271/72

Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften (Fortsetzung)

- Vertrauensprinzip 274
- Vorrang des tatsächlichen Parteiwillens 271, 274

Ausnahmecharakter der rechtsmissbräuchlichen Konstellation 371/72, 371 Anm. 21, 373, 385, 388/89

Axiomatische Prinzipien vgl. Vorgegebene Prinzipien

B

Begriff

- der Abstrahierung 23/4
- des Allgemeinen 18
- der Durchgangsfunktion 129
- der ethischen Generalklausel 46
- des ethischen Prinzips 46
- der Generalklausel 39
- des guten Glaubens 252
- konkret-allgemeiner 114/15
- der Konkretisierung 23/4
- der Natur der Sache 54/5
- des Prinzips 25
- der Rechtshandhabung 229/30, 230 Anm. 145
- des Rechtsmissbrauchsverbotes 361
- der Rechtsposition 229/30
- der selbständigen Justiziabilität von Prinzipien 90/1
- der Standards 60/1
- von Treu und Glauben 262/63

Begriffsjurisprudenz 59, 107

- Systeme von Gattungs- und Artbegriffen als Selbstzweck 114

Begründungszusammenhang vgl. auch

- Positivrechtliche Rechtfertigung
- und Erkenntnis von Prinzipien 84 ff., 88, 224, 245/46, 321, 350
- und in der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien 40, 90
- und Prinzipien als Hilfsmittel der Rechtsfindung 88/9, 246/47
- und restliche Prinzipien 43/4
- des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes 86
- des Vertrauensprinzips 86/7
- und Vorgegebenheit von Prinzipien 35, 86, 246, 350

Behördenverkehr vgl. Verkehr und Treu und Glauben

Berechtigte Erwartungen der Beteiligten

- vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Berechtigte Verlässlichkeit

- als Begriff von Treu und Glauben 262/63
- Treu und Glauben als Prinzip der 263, 308

Berechtigtes Vertrauen vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Bereicherungsrecht

- Bereicherungsgrundsatz als fundamentales Prinzip 225
- Bereicherungsgrundsatz als Problemprinzip 42
- Rechtsmissbrauch und Art. 66 OR 337 ff., 360, 371/72, 372 Anm. 30, 373, 382, 392/93

Berichtigungsfunktion vgl. auch Korrekturprinzipien

- keine von Treu und Glauben 244/45, 256/57, 343/44, 348
- des Rechtsmissbrauchsverbots 191, 313, 325/26, 343/44, 348
- des Rechtsmissbrauchsverbots erst nach Ermittlung der Regel 398
- des Rechtsmissbrauchsverbots und Gerechtigkeit 324
- des Rechtsmissbrauchsverbots und regelhafte Rechtsordnung 326
- des Rechtsmissbrauchsverbots und System des öffentlichen Rechts 317
- des Rechtsmissbrauchsverbots als vorgegeben 322/23

Berührungspunkt von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 238, 335, 343 ff., 347/48, 349, 383

Besondere Allgemeinheitsstufe

- von Prinzipien 7, 9/10, 10 Anm. 27, 13/4, 17 ff., 103/04
- von Prinzipien und Abstrahierung und Konkretisierung 24, 106/07
- von Prinzipien und inhaltliche Kohärenz 21/2, 84
- von Prinzipien und System 98
- des Rechtsmissbrauchsverbots 194 ff.
- von Treu und Glauben 180 ff.

Betreibungsrecht

- Geltung von Treu und Glauben im 215/16
- Gleichbehandlungsgrundsatz bei Offertstellung im aussergerichtlichen Nachlassverfahren 277 Anm. 62
- Rechtsmissbrauch und Art. 107 Abs. 2 Satz 1 SchKG 372

Beweisführungspflicht vgl. Zivilprozessrecht
Beweisregeln vgl. Zivilprozessrecht

Beziehungen, gegenseitige von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

- beide als Rechtsanwendungsbestimmungen 349
- beide nicht als Superprinzip 402
- Berührungspunkt vgl. dort
- die möglichen Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB 394
- ihre Erkenntnis erst nach getrennter Untersuchung beider 201
- Rechtsfolgen und Massstabfunktion 238, 347/48, 383
- Überschneidungen hinsichtlich der Funktionen bei der Rechtsanwendung 346, 348/49
- ihre Unterordnung unter die Systematik vorliegender Arbeit 204, 348/49
- Verschiedenheit vgl. dort
- Vorteile der Vereinigung beider in Art. 2 ZGB 349

Billigkeitsprinzip (Art. 4 ZGB)

- als aequitas 150 Anm. 24
- als ausdrücklich positiviertes Prinzip 38
- Durchgangsfunktion 130
- als Generalklausel 39
- Justiziabilität 90
- als Korrekturprinzip der Regelmodifikation 78 ff., 126, 328, 381
- als technisiertes Prinzip ohne ethischen Gehalt 79 Anm. 139

bona fides vgl. Guter Glaube und Treu und Glauben sowie Vertragsrecht

Bürgerrechtsehe vgl. Scheinehe

C

Chaos 50, 119, 230

Charakteristika von Prinzipien 7 ff., 26

- Abgrenzung gegenüber allgemeinen Rechtsgedanken 10/11, 11 ff., 24, 103
- Abgrenzung gegenüber allgemeinsten Gedanken schlechthin 10/11, 11
- Abgrenzung gegenüber Grundsätzen gesellschaftlicher Gruppen oder Prinzipien von Einzelpersonen 14, 15/6
- Abgrenzung gegenüber noch politisch zu entscheidenden Fragen 14, 16/7
- Abgrenzung gegenüber Postulaten 14, 15
- Abgrenzung gegenüber dem Rechtssatz 8 ff., 103

civiliter uti vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung

D

Dauerschuldverhältnisse

- Auslegung unter Beizug von Treu und Glauben 88 Anm. 34
- Kündbarkeit und Treu und Glauben 182, 235, 288/89

Definition vgl. Begriff

Dekalog 69

Delikt vgl. Haftpflichtrecht

Denkformen vgl. Konkretisierungsformen sowie Tätigkeiten, geistige

Der ratio legis teilhaftige Prinzipien 38

- Justiziabilität 89/90

Dienstbarkeitsrecht vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung

Diskrepanz zwischen Regelhaftigkeit und Modellen

- Diskrepanz zwischen Regel und Forderung nach Richtigkeit und der Rechtsmissbrauch 359/60
- Diskrepanz zwischen Regel und wesensmässigem neuem Modell und der Rechtsmissbrauch 358/59, 376/77
- Diskrepanz zwischen Regel und zugrundeliegendem Modell und der Rechtsmissbrauch 356/57, 379
- Gemeinsamkeit der Diskrepanzen 360
- Varianten 356
- und Zweckwidrigkeit 339/40

Dispositionsmaxime vgl. Zivilprozessrecht

Dispositives Recht 72, 116

Dogmatische Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Doktrinäre Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Drohung

- und Rechtsmissbrauch bezüglich Art. 66 OR 338/39, 338 Anm.en 145 und 147, 392/93

Durchgangsfunktion von Prinzipien

- Begriff 129
- als Folge der Konkretisierung 129 ff.
- jedes Prinzips 131
- Möglichkeit des Ablaufs beider Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB nacheinander 394, 394 Anm.en 135 und 136
- Normalfall 129/30
- und Regelbildung 130/31
- sehr seltene Fälle 130
- seltenere Fälle 130
- und Untersuchung der Konkretisierung von Art. 2 ZGB 203

Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes 404/05

- Ausgangspunkt in den Sachgruppen 333, 368, 381, 385, 389, 390
 - Beendigung in neuer Regel oder neuem Regelverständnis 387/88, 389, 390 ff.
 - Erkenntnis eines neuen wesensmässigen Modelles 333, 385, 386, 387, 389, 390 ff.
 - originäre Regelbildung gemäss neu-erkanntem Modell 333, 340, 385, 386 ff.
 - terminologische Folge der Beendigung 393
 - Unabhängigkeit der Regelbildung vom Konkretisierungsakt 333, 381, 387, 388, 389, 392/93
 - Veranschaulichung an Beispielen 388 ff.
- ### Durchgangsfunktion von Treu und Glauben
- echte 298/99, 308/09
 - Häufigkeit der echten 298
 - künstliche 295 ff.
 - und regelhafte Anwendungen von Treu und Glauben 285
 - Treu und Glauben und beendete echte 298/99

Durchgriff vgl. Aktiengesellschaft

Durchschnittsfälle 58, 60, 116/17, 242, 293, 336, 339, 356, 358

E

Ehelichkeit, Anfechtung der 152 Anm. 34

Ehenichtigkeit vgl. Scheinehe

Eheverträge und Rechtsmissbrauchsverbot 186, 186 Anm. 69

Eierhandel, internationaler und Treu und Glauben im Verkehr 282/83

Eigengesetzlichkeiten, immanente vgl.

Natur der Sache sowie Regelbildung

Eigenheit des Vorganges der Konkretisierung 103 ff.

Eigenschaffen

- und Einteilung in Arten von Prinzipien 47, 48
- und der Vorgang der Spezifizierung 112/13

Eigentum vgl. Privateigentum sowie Sachenrecht

Einhe 35, 35 Anm. 55

Einteilung der Prinzipien nach dem Erkenntnisgrund 32 ff.

- Ausdrücklich positivierte Prinzipien 37/8; vgl. auch dort

Einteilung der Prinzipien nach dem Erkenntnisgrund (Fortsetzung)

- Ausreichen eines Erkenntnisgrundes 40, 88, 224, 245/46, 321, 350
- Der ratio legis teilhaftige Prinzipien 38; vgl. auch dort
- Erkenntnis von Prinzipien vgl. dort
- Generalklauseln 39; vgl. auch dort
- und Rechtsmissbrauchsverbot 320 ff.
- Restliche Prinzipien 41 ff.; vgl. auch dort
- und Treu und Glauben 222 ff.
- Übergangsphasen 40/1, 43/4
- Vorgegebene Prinzipien 32 ff.; vgl. auch dort

Einteilung der Prinzipien nach dem Grad ethischen Gehalts 44 ff.

- Anknüpfungspunkt 44/5
- eigener eindeutig ethischer Gehalt 46
- gewisse ethische Niederschläge 45
- kein ethischer Gehalt 45
- und Rechtsmissbrauchsverbot 324/25
- und Treu und Glauben 234 ff.

Einteilung der Prinzipien nach rechtlich erheblichen Sachbereichen 29 ff.

- Anknüpfungspunkte der Lebensverhältnisse 29, 30/1, 210, 314
- Gefahren der Ausdehnung über den angestammten Sachbereich 31/2, 99
- Gefahren der Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 315 ff., 317
- Gefahren der Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 214, 219 ff.
- und Rechtsmissbrauchsverbot 314 ff., 319/20
- Trennung in öffentliches und privates Recht 29/30, 31/2
- und Treu und Glauben 210 ff., 233

Einteilung der Prinzipien nach der rechtstechnischen Stufe 28

- Anknüpfungspunkte und Bedeutung 28
- geringe Bedeutung für die Erkenntnis von Prinzipien 84 ff.
- und Rechtsmissbrauchsverbot 314
- und Treu und Glauben 211/12, 211 Anm. 21

Einzelfall

- Individualisierung des Rechtsmissbrauchsprinzips und gesamte Umstände des 370/71, 373/74, 375
- und Rechtsanwendung 73, 111

Elemente des Begriffs vom Rechtsgrundsatz 25, 175 Anm. 11

Erbrecht

- Erbverträge und Grundlagenirrtum 282
- als vorgegeben 229 Anm. 141

Erfahrungssätze

- und Adäquanz der Verursachung 60
- von Geschäftskreisen und Standards von Treu und Glauben 279/80, 281 Anm. 84, 293/94
- und natürliche Kausalgesetze 60
- und Regelbildung 59/60, 243
- Spezifizierung als Konkretisierungsform von Treu und Glauben und 272/73
- Standards ethischen Inhalts als 60/1, 65, 243, 272/73
- und Verkehrssitte 290/91

Erfüllung von Geschäften und Formvorschriften vgl. Formvorschriften

Ergänzung vgl. Auslegung, Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften sowie Lückenfüllung

Erkenntnis von Prinzipien vgl. auch Einteilung der Prinzipien nach dem Erkenntnisgrund

- Positivierung als genügender Erkenntnisgrund 88, 224, 245/46, 321, 350
- und positivrechtliche Rechtfertigung 84 ff.
- selbständige Erkenntnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Grundrechtseingriffen 86
- selbständige Erkenntnis des Vertrauensprinzips beim Vertragsabschluss 86/7
- als vorgegeben und positivrechtliche Rechtfertigung 35, 85/6, 246, 350

Erkenntnisprinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Ethische Generalklauseln

- Begriff 46
- Gebots- und Verbotsform 68/9
- und Konkretisierungsform der Spezifizierung 122/23, 242
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 324/25
- Treu und Glauben als 236

Ethische Grundbindung durch Treu und Glauben 159, 170

Ethisches Minimum und gute Sitten 256

Ethisches Prinzip

- Begriff 46
- Gebots- und Verbotsform 68/9
- und Konkretisierungsform der Spezifizierung 122/23, 242

Ethisches Prinzip (Fortsetzung)

- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 324/25
- und Regelbildung 66/7, 122/23, 239
- Treu und Glauben als 69, 236

Ethisierung des Rechts

- und Konventionalisierung des Ethos 67/8, 123
- und Konventionalisierung des Ethos bei der Anwendung von Treu und Glauben 240, 240 Anm. 202, 243 Anm. 224, 303/04
- Vereinfachungen für Änderungen konventioneller Verfestigungen bei Prinzipien 68, 92, 240 Anm. 202

Ethos

- Eingang sittlicher Massstäbe ins Recht 44/5, 46
- Ethik und Ontologie 44
- ethische Massstäbe als Inhalt von Prinzipien 45, 46, 234 Anm. 173
- ethische Massstäbe und Standards 60/1, 65, 243
- ethische Normen und Rechtsnormen 46, 65, 66 Anm. 76
- Gebots- und Verbotsform ethischer Anordnungen 68/9
- und gute Sitten 256
- Massstabfunktion des 44, 66, 66/7, 123
- und Rechtsmissbrauchsverbot 324/25, 359/60
- und Treu und Glauben 235

exceptio doli vgl. Zivilprozessrecht

F

Fachsprache vgl. Sprachgebrauch

Fahrlässigkeitsbegriff vgl. Haftpflichtrecht

Fahrnispfandrecht vgl. Sachenrecht

Fairness 12 Anm. 42, 13 Anm. 47, 27 Anm. 4, 100 Anm. 30

Fallgruppen vgl. Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen sowie Sachgruppenbildung

Familienrecht

- Vertrag über Unterhaltsbeiträge für ausserhehliches Kind und Grundlagenirrtum 281
- als vorgegeben 229 Anm. 141

Faustpfandprinzip 45

Fehlerhafte Auskünfte vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Auskünfte

Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

Folgerungen

- aus dem ethischen Gehalt von Treu und Glauben und seiner Gebotsform 236 ff.
- aus der fehlenden Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbots 332/333
- aus der fehlenden Regelbildungseigenschaft für Zurückhaltung bei Verwendung des Rechtsmissbrauchsverbots 331/32
- aus der Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 199 ff.
- aus der Regelbildungseigenschaft für die Konkretisierungsform von Treu und Glauben 242/43
- terminologische aus der Beendigung der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 393

Forderung gegenseitiger Rücksichtnahme vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Formeln der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes 373 ff.

Formularverträge vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie auch Gerichtsstandsklauseln

Formvorschriften

- und Auslegung 391/92
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 390 ff., 391/92
- (freiwillige) Erfüllungshandlungen und Rechtsmissbrauch 391, 392
- bei Grundstückkäufen und Rechtsmissbrauch 374 Anm. 39, 392
- und Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 370/71, 371, 374, 374 Anm. 39
- Möglichkeit des Ablaufs beider Durchgangsfunktionen von Art. 2 ZGB nacheinander bei 394 Anm.en 135 und 136
- als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 357, 371 Anm. 22, 383, 390
- Zweck 390

Fremde Rechtsordnungen

- Rechtsmissbrauchsverbot als jeder Rechtsordnung vorgegeben 321 Anm. 53, 322/23, 323

Fremde Rechtsordnungen (Fortsetzung)

- Treu und Glauben als jeder Rechtsordnung vorgegeben 228 ff., 232, 233 Anm. 165

Fundierungen, theoretische 1 ff., 3, 143

G

Gattungsallgemeines vgl. Spezifizierung
Gattungsbegriffe 59, 114

Gattungs- und Artmodelle vgl. auch Modelle

- und Analogieschlüsse 75
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 386
- als Durchschnittsfälle 58, 116/17, 242
- Ermittlung durch freiere Auslegung 74, 269
- keine bei Individualisierung 125/26, 332/33
- und Objektivierung ethischer Aussagen 66
- und Regelbildung 56 ff., 116/17, 122, 129 ff., 242, 293
- und regelhafte Anwendungen von Treu und Glauben 287, 293

Gebot der schonenden Rechtsausübung

- Anfänge im (Grund-)Dienstbarkeitsrecht 151/52
- Ausfluss von Treu und Glauben 275, 345
- und Durchgangsfunktion von Treu und Glauben 296
- im Gesellschaftsrecht und Rechtsmissbrauch 345/46
- positivrechtliche Rechtfertigung 296
- Spielraum der Rechtsausübung als spezifizierendes Moment gegenüber Treu und Glauben 275, 345
- Spielraum der Rechtsausübung als Voraussetzung 151/52, 153
- und Unabhängigkeit von Art. 2 Abs. 1 ZGB 296 Anm. 134
- Verhältnis zum aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz 276 Anm. 60
- Weiterentwicklung über das Sachenrecht hinaus 153, 154, 275

Gebots- und Verbotsform

- und ethische Prinzipien 68/9, 237/38
- Gebotsform des ethischen Prinzips von Treu und Glauben 69, 235/36
- Gebot von Treu und Glauben als Gebot der berechtigten Verlässlichkeit 262/63

Gedanke des gegenseitigen Vertrauens vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Gegensatzpaar von abstrakt und konkret 106; vgl. auch Konkretisierungsformen

Gegenseitige Verbindung in den Rechtsbeziehungen vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Gegenstand des Rechtsmissbrauches 355 ff.

- keine Angaben dazu im Rechtsmissbrauchsverbot selbst 187, 194, 195, 355/56
- Massstäbe des Rechtsmissbrauchs nicht als 362
- Rechte nicht als 360
- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) 361
- Regelhaftigkeit als 360
- tatsächliche Lebenslagen nicht als 360
- Treu und Glauben nicht als 348, 362

Geist

- lebender 70, 358
- objektiver 70, 327
- objektivierter 70, 327, 336/37, 340, 358

Gemeines Recht vgl. Mittelalter

Generalklausel

- Begriff 39
- der berechtigten Verlässlichkeit als Synonym für Treu und Glauben 263
- der Billigkeit 39
- ethische 46
- und positivrechtliche Rechtfertigung 88, 90, 91
- Rechtsmissbrauchsverbot als 320/21
- Rechtsmissbrauchsverbot als korrigierende 328
- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechende korrigierende 329
- Treu und Glauben als 224
- Treu und Glauben als ethische 236
- Verweis auf gute Sitten als ethische 46 Anm. 120

Gerechtigkeit 21 Anm. 108, 50, 66, 69 Anm. 92, 79, 236, 256, 317 Anm. 28

- als konstitutives Element der Rechtsordnung 50/1, 51, 230
- nicht als Rechtsprinzip 21 Anm. 108, 50 Anm. 8
- und Rechtsmissbrauchsverbot 324, 359
- als Triebfeder zur Individualisierung 79 Anm. 139

Gerichtsstandsklauseln

- Geltung des Vertrauensprinzips für 215, 291/92
- geschäftsgewohnte Kreise und 292/93

Gerichtsstandsklauseln (Fortsetzung)

- Geschäftsunerfahrenheit und Aufklärungspflichten bei 293/94
- sprachliche Mittel der Spezifizierung von Treu und Glauben in einem Fall zu 295
- Unklarheitenregel und 292
- volle Ausschöpfung der Spezifikation von Treu und Glauben bei 294

Geschäftsverkehr vgl. auch Verkehr und Treu und Glauben

- und Gerichtsstandsklauseln vgl. dort
- Grosskaufleute und Schiedsklauseln im 182 Anm. 50, 283
- und Grundlagenirrtum 280 Anm. 83, 280/81
- Grundlagenirrtümer ausserhalb des 281/82, 282 Anm. 88
- im internationalen Eierhandel und Treu und Glauben 282/83
- und Logik des Geschäfts 279
- Treu und Glauben im 181, 182, 279/80

Gesellschaftsrecht vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung

Gesetz

- Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbotes im 187/88
- Anerkennung von Treu und Glauben im 177
- und der ratio legis teilhaftige Prinzipien 38
- Gesetzesflut und System 96
- Gesetzestext und ausdrücklich positierte Prinzipien 37/8, 222/23, 320
- als Träger der Anerkennung von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken 19/20

Gesetzesumgehung vgl. Auslegung

Gesetzgeber vgl. auch Gewaltenteilung sowie Rechtsstaat

- Ausschluss der Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots durch den 364
- Berichterstattung zu Art. 2 ZGB in den Räten und erster Ansatz zu einem langlebigen Missverständnis 188
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 386, 388
- und gefestigte neue Modelle im Tatsächlichen 358
- und Häufigkeit von Rechtsmissbrauchsurteilen 331/32, 358, 360
- Rechtsmissbrauchsurteil teilweise als stellvertretender Akt der Gesetzgebung 326, 329/30, 357, 358/59

Gesetzliche Konkretisierungen

- sogenannte von Treu und Glauben 295/96
- sogenannte von Treu und Glauben und die Verselbständigung des Regelrechts 296 ff.

Gesetzmässigkeitsprinzip vgl. Legalitätsprinzip

Gewaltenteilung vgl. auch Gesetzgeber sowie Rechtsstaat

- Änderung von Regeln durch die erlassende Instanz 72/3, 92, 358
- demokratische Rechtsetzung 98, 98 Anm. 21
- Einverleibung eines neuen Prinzips durch den Gesetzgeber 99
- gerichtliche Streiterledigung und Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 174, 205 Anm. 39
- Gesetzgeber und Durchgangsfunktion von Prinzipien 129 ff.
- Gesetzgeber und Entfaltung auf das Wirkliche hin 108
- und Legalitätsprinzip und Rechtsmissbrauchsverbot 316/17
- Primat des Gesetzgebers und Rechtsmissbrauchsverbot 329/30, 334
- Primat des Gesetzgebers und Treu und Glauben 302
- und restliche Prinzipien 43
- und Verzicht auf Regelbildung bei Regeldurchbrechung 81, 127

Gewohnheitsrecht

- Anerkennung von Treu und Glauben im 177/78, 247
- Anerkennung einer Übung und 18, 189 Anm. 83
- als Basis der Gleichwertigkeit der Texte des Bundesrechts 240, 240 Anm. 204
- lückenfüllendes immer denkbar 188
- mögliche Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbots im 188/89, 351 Anm. 202
- als Träger der Anerkennung von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken 19/20

Gleichbehandlungsgrundsatz 195, 276 Anm. 60, 276/77, 277 Anm. 62

Gleichwertigkeit der Texte des Bundesrechts 240, 240 Anm. 204

- und französischer Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB 241

Gleichwertigkeit der Texte des Bundesrechts
(Fortsetzung)

- und Trennung von Treu und Glauben und gutem Glauben im deutschen Text des ZGB 257/58

Grunddienstbarkeitsrecht vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung

Grundgedanke des Rechtsmissbrauchsverbotes 168, 191, 313, 325/26, 361

Grundgedanke von Treu und Glauben 158/59, 159, 170, 231/32, 257/58, 261; vgl. auch Loyalität, gewisse

Grundlagenirrtum vgl. Irrtum

Grundrechtseingriffe 86

Grundsatz, allgemeiner und Prinzip 7/8, 7 Anm. 6; vgl. Prinzip

Grundsatz der schonenden Rechtsausübung vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung

Grundsatzqualität vgl. Prinzipienqualität

Grundstückkauf und Formvorschriften vgl. Formvorschriften

Guter Glaube und Treu und Glauben vgl. auch Gutgläubensschutz

- und Ausdruck der bona fides 157, 252, 257
- Begriff des guten Glaubens 252
- Berührungspunkt in der Begrenzung des Gutgläubensschutzes 253/54
- guter Glaube als subjektives Tatbestandselement/Treu und Glauben als objektiver (Beurteilungs-)Massstab 254/55
- guter Glaube als Tatbestandselement/Treu und Glauben als Rechtsprinzip 255
- im gemeinen Recht 150
- im öffentlichen Recht 220
- und Unklarheit der Bezeichnung Vertrauensschutz 259

Gute Sitten

- als ethisches Minimum 256
- als Grenzziehung zwischen Recht und Unrecht 256
- Verweis auf sie als ethische Generalklausel 46 Anm. 120

Gute Sitten und Rechtsmissbrauchsverbot

- und ungerechtfertigte Bereicherung 337/38
- Zulässigkeit rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gestützt auf präzise Abmachung ohne Verletzung der guten Sitten 325/26, 363/64

Gute Sitten und Treu und Glauben 256, 256/57

Gute Treue 148, 257, 258

Gutgläubensschutz vgl. auch Guter Glaube und Treu und Glauben

- Berührungspunkt von Treu und Glauben und gutem Glauben in der Begrenzung des 253/54
- im öffentlichen Recht 220
- als Kausalhaftung für veranlassten Rechtsschein 253
- öffentliches Recht und Forderung nach strikter Trennung von Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot und 315/16, 319/20
- und Unklarheit der Bezeichnung Vertrauensschutz 259
- Vorschlag zur Abstützung auf Art. 4 BV im öffentlichen Recht 214, 218, 253, 253 Anm. 16

H

Haftpflichtrecht

- Adäquanz der Verursachung und Erfahrungssätze 60
- Delikt als fundamentale Erscheinung im Recht 225
- objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff 116
- Objektivierung des Verschuldens 116
- Prinzipien der Verschuldens- und der Kausalhaftung 99 Anm. 25
- Verschulden als ausdrücklich positiviertes Haftungsprinzip 38

Hauptergebnisse 133–139, 407–417

Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit

- Bedeutung von Standards und Treu und Glauben als 272/73
- ethische Generalklauseln und Prinzipien als 92
- ethische Prinzipien in Gebotsform als 69, 303
- Gutgläubensschutz und seine Begrenzung und Treu und Glauben als 253/54
- Hauptfunktion von Treu und Glauben als 305
- Prinzipien als 9, 9 Anm. 25, 88/9, 92, 93, 269, 303
- Rechtsgeschäfte und das Vertrauensprinzip als 274, 284, 290/91, 291/92, 292
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 362/63, 398

Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit
(Fortsetzung)

- Treu und Glauben als 88 Anm. 34, 213 Anm. 28, 216, 226 Anm. 126, 237, 241, 269 ff., 270 Anm.en 21 und 22, 278 ff., 280 ff., 282 ff., 284, 285 ff., 287, 288/89, 289 ff., 291 ff., 297/98, 298/99, 303 Anm. 14, 303/04, 336, 339, 343/44, 344/45, 345/46, 348, 348 Anm. 190, 364 Anm. 53, 394, 394 Anm. 135

Historische Ursprünge

- Gegenüberstellung der historischen Ursprünge von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 169 ff.
- des Rechtsmissbrauchsverbots 160 ff.
- von Treu und Glauben 147 ff.

I

Ideologie und Vorgebenheit 34

In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien 37 ff.

- Anknüpfungspunkt 37
- Ausdrücklich positivierte Prinzipien 37/8
- und ratio legis teilhaftige Prinzipien 38
- Generalklauseln 39
- institutionelle Prinzipien 38
- normative Prinzipien 37, 39
- und positivrechtliche Rechtfertigung 88
- Rechtsmissbrauchsverbot als 320
- Rechtsprinzipien im materiellen Sinne 37, 39
- Treu und Glauben als 222/23

Individualisierung vgl. auch Originär Individuelles

- denkbare Konkretisierungsform für Korrekturprinzipien 119
- Einzigartiges/Inhalts- und zugleich Umfangsallgemeines als konkret/abstrakt 118/19, 370
- in sich geschlossener Vorgang 119
- und nachmalige Regelbildung 126, 130
- und objektivierte Begriffe 115/16
- und Ordnungswert 125/26, 130
- Sonderfall der Konkretisierungsform von Korrekturprinzipien 124/25
- verbleibendes Minimum der Sachgruppenbildung 127

Individualisierung als Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes 332, 368, 404/05; vgl. auch Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes

Indiz für Verschiedenheit von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot in der historischen Entwicklung 171/72

Indizien

- Bedeutung bei Scheinehen 389, 389 Anm. 113
- für Vorgebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots 321/22
- für Vorgebenheit von Treu und Glauben 224 ff.

Informative Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Inhaltliche Kohärenz von Rechtsprinzipien 20 ff., 103

- und Abstrahierung und Konkretisierung 24
- und besondere Allgemeinheitsstufe 21/2, 84
- und rechtlich erhebliche Sachbereiche 30
- beim Rechtsmissbrauchsverbot 194/95
- bei Treu und Glauben 180/81

Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes 355 ff.

- Bedeutung des Elementes offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB 364 ff.
- Gegenstand der regeldurchbrechenden Korrektur 355 ff., 360
- gute Sitten und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. dort
- Möglichkeiten des Ausschlusses der Korrektur durch das Rechtsmissbrauchsverbot 363/64
- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) 361/62
- Rechtsmissbrauchsverbot als ultima ratio 361/62, 398

Inhaltsbestimmung von Treu und Glauben 251 ff.

- Ablehnung der Bezeichnung Vertrauensschutz für Treu und Glauben 259/60
- Begriffsbestimmung von Treu und Glauben 260 ff.
- guter Glaube und Treu und Glauben vgl. dort
- gute Sitten und Treu und Glauben vgl. dort
- Treu und Glauben als Prinzip der berechtigten Verlässlichkeit 263
- unklare Grenzbereiche sprachlicher Ausdrucksweisen 258 ff.
- Verlassen der Formel von Treu und Glauben 261/62

Institutionelle Prinzipien vgl. In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien
Instruktive Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien
Interpretation, neue 74/5, 92, 358 Anm. 21, 387/88, 390 ff., 392/93
Irrtum
 – Anzeigepflichten bei vgl. dort
 – als fundamentale Erscheinung im Recht 225
 – Grundlagenirrtum und Treu und Glauben 280 ff.
Islamisches Recht und Einehe 35, 35 Anm. 55

J

Judikatur vgl. auch Rechtsprechung
 – Auswahl 174, 205, 268, 336, 369
 – oftmalige Indifferenz bezüglich der Prinzipien von Art. 2 ZGB in der 192/93, 204/05, 221
 – zum Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht 319 Anm. 37
Jurisprudentielle Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien
Juristische Erkenntnis und Abstützung auf geltendes Recht 84/5
Justiziabilität von Prinzipien 89 ff.
 – Begriff der selbständigen 90/1
 – beschränkte selbständige des Rechtsmissbrauchsverbots 398/99
 – des Billigkeitsprinzips 90
 – des Grundsatzes der Bindung des Eigentumsinhaltes an ein Ausübungsinteresse 90
 – keine selbständige von Treu und Glauben 237, 304/05, 305
 – normalerweise fehlende selbständige 93
 – Seltenheit selbständiger 90/1
 – unselbständige als Hilfsmittel der Rechtsfindung 92, 93

K

Kausalhaftung
 – für veranlassten Rechtsschein vgl. Gutgläubensschutz
 – als mögliches Haftungsprinzip vgl. Haftpflichtrecht

Kodifikationen, Verzicht auf Vergleiche mit Rechtskreisen ohne 27 Anm. 6
Kohärenz, inhaltliche vgl. Inhaltliche Kohärenz von Rechtsprinzipien
Kombination von Abstraktion und Konkretion
 – nicht bei allgemeinen Rechtsgedanken 24, 25, 26
 – bei Prinzipien des Rechts 24, 25, 26, 27, 103/04
 – beim Rechtsmissbrauchsverbot 194 ff., 196
 – bei Treu und Glauben 180 ff., 183
konkret als Gegenpol zu abstrakt 106
konkret-allgemeiner Begriff 114/15
Konkretion vgl. Konkretisierung
Konkretisierung vgl. auch Abstrahierung
 – und Ausdehnung von Prinzipien über den angestammten Sachbereich hinaus 31, 99
 – als Denkopoperation 22/3, 27, 103, 106
 – Eigenheit des Vorganges der 103 ff.
 – Etymologie 23
 – gegenläufig zur Abstrahierung 22/3
 – und Justiziabilität von Prinzipien 90/1
 – Konkretisierungsformen vgl. dort
 – von Prinzipien und Änderung bisheriger Anwendungen 92, 298/99
 – bei Rechtsgrundsätzen 24
 – und Regelbildung 64/5, 91, 92, 242/43
 – Schranken durch das System 98
 – Vertrauensprinzip als 86
 – Vieldeutigkeit 24, 91, 104/05, 105
Konkretisierungen, gesetzliche vgl. Gesetzliche Konkretisierungen
Konkretisierungsbedürftigkeit
 – und indirekte Anwendbarkeit von Prinzipien 91
 – keine des guten Glaubens 255
 – von Prinzipien 24, 25, 26, 104
 – des Rechtsmissbrauchsverbots 196
 – von Treu und Glauben 181/82
 – weitere des Vertrauensprinzips 274
Konkretisierungsfähigkeit
 – keine des guten Glaubens 255
 – von Prinzipien 24, 25, 26, 27, 30, 31, 33, 84, 104
 – des Rechtsmissbrauchsverbots 195
 – von Treu und Glauben 181
Konkretisierungsformen 106 ff.; vgl. auch Tätigkeiten, geistige
 – Auswahl und Notwendigkeit der Untersuchung 105, 105 Anm. 13, 106/07
 – Bestimmung 110

Konkretisierungsformen (Fortsetzung)

- als Denkopoperationen 106
- Entfaltung im und zum Wirklichen 107 ff.
- Individualisierung 118/19; vgl. auch dort
- Veranschaulichung 109/10
- Verbesonderung 112 ff.; vgl. auch Spezifizierung
- Vereinzelung 110 ff.; vgl. auch dort

Konkretisierungsformen von Prinzipien

- 121, 121 ff., 128
- allgemeine Vermutung zugunsten der Spezifikation 122, 242
- Normalfall Spezifizierung 123/24
- Sonderfälle der Korrekturprinzipien und die Individualisierung 124 ff., 332
- und Untersuchung der Konkretisierung von Art. 2 ZGB 202
- verstärkte Vermutung zugunsten der Spezifikation bei ethischen Prinzipien und Generalklauseln 122/23, 242

Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes 368 ff.

- Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots vgl. dort
- Element offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB als Indiz für Individualisierung 365
- Formeln der Individualisierung 373 ff.
- Grenzen der Individualisierung 379/80
- Individualisierung und einzelne Regeln als Massstab des Rechtsmissbrauchs 336/37, 338/39
- Individualisierung als Folge der fehlenden Regelbildungseigenschaft des Rechtsmissbrauchsverbots 332, 368
- Individualisierung und ganze Regelungskomplexe als Massstab des Rechtsmissbrauchs 340, 342
- Individualisierung und Regelhaftigkeit aller Massstäbe des Rechtsmissbrauchs 346
- Individualisierung und Treu und Glauben als Massstab des Rechtsmissbrauchs 345/46
- keine Betrachtung nach wesensmässigen Modellen und 330/31
- Regeldurchbrechung und Individualisierung 363
- Sachgruppenbildung als zufolge des Verzichts auf Regelbildung verbleibendes Minimum 333, 368, 381 ff., 382 Anm. 81

Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes (Fortsetzung)

- Schema zu Rechtsmissbrauchsverbot und Individualisierung 404/05
- typische und auffällige sprachliche Mittel der Individualisierung 370 ff.
- Veranschaulichung der Individualisierung 376 ff.

Konkretisierungsform von Treu und Glauben 267 ff.

- auf Treu und Glauben basierende Regeln 285 ff.
- Beispiele weitergehender Spezifizierung 282 ff.
- besonders anschauliche Beispiele zur Spezifikation 288 ff.
- Durchgangsfunktion von Treu und Glauben vgl. dort
- ihre Geltung auch im öffentlichen Recht 221
- häufige und typische Spezifizierungen 278 ff.
- rechtliche Sonderverbindung als Frage der Konkretisierung 277/78
- Schema zu Treu und Glauben und Spezifizierung 308/09
- spezifizierte Leitsätze als Anwendungen der 274 ff.
- Spezifizierung als Gegenstück zur Regelbildungseigenschaft von Treu und Glauben 242/43, 267, 267 Anm. 5
- sprachliche Mittel der Spezifizierung 269 ff., 295

Kontroversen und Stellungnahmen dazu

- Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbots gegenüber Art. 160 Abs. 2 ZGB? 377/78, 379
- Bedeutung der Formel Treu und Glauben in Art. 1 UWG? 297, 297/98
- rechtliche Sonderverbindung und Treu und Glauben? 277, 278
- Treu und Glauben und das davon betroffene Recht? 264, 264/65

Konventionalisierung des Ethos vgl. Ethisierung des Rechts

Konventionalstrafe vgl. Vertragsrecht

Korrekturprinzipien 77 ff., 124; vgl. auch

- Berichtigungsfunktion
- Billigkeit als Prinzip der Regelmodifikation 80, 126, 328
- und ihre Durchgangsfunktion 130
- Rechtsmissbrauchsverbot als korrigierende Generalklausel 328

Korrekturprinzipien (Fortsetzung)

- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechende korrigierende Generalklausel 329
 - Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip 328/29
 - Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) 361/62
 - und Regelbildung 77/8, 79/80, 81, 125/26, 126, 381
 - der Regeldurchbrechung 77, 127, 327/28
 - der Regelmodifikation 77, 126, 327/28
 - und Sachgruppenbildung 77/8, 81, 108, 127, 333, 381
 - Tätigkeit des Geistes bei ihrer Konkretisierung 77, 78/9, 81, 119, 124/25, 332
 - Treu und Glauben nicht als 244/45, 256/57
- Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen** 182, 288/89

L

Langlebiges Missverständnis gegenüber Art. 2 Abs. 2 ZGB

- Ablehnung der Gleichsetzung mit Abs. 1 315, 343/44
- Ansatz in der Entstehungsgeschichte 188
- Bedeutung des Elementes offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB 365
- häufige Vermischung der Aussagen bei der Absätze in der Rechtsprechung 192/93, 204/05, 221
- Nachwirkungen im öffentlichen Recht? 315
- Verfestigung als Mangel der Anerkanntheit 189/90

Lebensdestillat des Regelrechts 58

Lebenserscheinungen vgl. auch Menschliche

- Verbundenheit, Modelle sowie Phänomene, rechtstechnische vorgegebene
- einzelne und Rechtsanwendung 73, 111
- und Individuelles im Recht 119
- in Modellform und Treu und Glauben 244, 269 ff., 272, 287, 288, 289, 290
- und rechtlich erhebliche Sachbereiche 29, 210, 314
- und Rechtsmissbrauchsverbot 196, 314, 322/23, 382, 385

Lebenserscheinungen (Fortsetzung)

- und Regelhaftigkeit 62/3, 125, 322/23, 323
- vorgegebene und Einehe 35
- vorgegebene und Erkenntnis von Prinzipien 85/6
- vorgegebene und Prinzipien 33/4
- vorgegebene und Privateigentum 36/7
- vorgegebene und Sachgruppenbildung 77/8, 127, 382
- vorgegebene und System 95/6
- vorgegebene und Vertragsprinzip 35/6, 212, 212 Anm. 26
- vorgegebene und Zeiträume ihrer Veränderung 41, 41 Anm. 96
- Wesen und das Vorgegebene 34, 53 ff.

Lebensgemeinschaften vgl. Rentenansprüche des geschiedenen Ehegatten sowie Unterhaltspflicht des Ehemannes bei gerichtlicher Trennung und im Scheidungsprozess

Legalitätsprinzip 316/17, 318 Anm. 33

- und Rechtsmissbrauchsverbot im öffentlichen Recht 315, 316/17, 364
- und Treu und Glauben im öffentlichen Recht 219 Anm. 81

Lehre

- Anerkanntheit von Treu und Glauben in der 178
- und Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 317/18, 318/19
- und Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 219
- Durchbruch zur Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbots in der 191
- und Erkenntnisgrund von Prinzipien 40/1, 43/4
- Indizien für Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots in der 321/22
- Indizien für Vorgegebenheit von Treu und Glauben in der 225/26
- langlebiges Missverständnis gegenüber Art. 2 Abs. 2 ZGB in der 189/90, 315
- und Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 173/74
- und Rechtsleben 10, 10 Anm. 28
- und Regelhaftigkeit der Anwendungen von Treu und Glauben 241
- als Schöpfer eines Begründungszusammenhangs von Prinzipien 89
- und Selbstevidenz von Prinzipien 84, 85
- und System des Rechts 96, 97, 98, 99

Lehre (Fortsetzung)

- als Träger der Anerkennung von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken 19/20
- als Träger der Erkenntnis von Prinzipien 41 ff.
- als Träger einer Neuinterpretation 74/5, 390 ff.
- und Trennung in öffentliches und privates Recht 29/30, 31
- Wechselwirkung mit Rechtsprechung 43/4

Leitmotiv des Vertrauens vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

lex imperfecta vgl. auch Rechtsfolgen

- Treu und Glauben als 237/38, 304/05, 347/48
- Überschreitbarkeit der Begrenzungen des Handelns in der menschlichen Verbundenheit und Treu und Glauben als 231, 231 Anm. 155, 237
- Überschreitbarkeit dieser Begrenzungen und Verhältnis von Treu und Glauben zum davon betroffenen Recht 264/65
- Überschreitbarkeit dieser Begrenzungen und Wegbedingbarkeit von Treu und Glauben 256

lex specialis derogat legi generali 45, 116

- keine Geltung für Konkretionen von Treu und Glauben oder Rechtsmissbrauchsverbot untereinander 195, 275, 276, 276 Anm. 60

Loyalität, gewisse

- und Begrenzung des Gutgläubenschutzes 253/54
- und berechnete Verlässlichkeit 261
- und Ermittlung des Sinnes einer Gesetzesnorm 269, 270
- als Grundgedanke von Treu und Glauben 158/59, 170, 180/81, 231/32, 257/58
- und verschiedene Anwendungen von Treu und Glauben 182, 182 Anm. 50, 213/14, 274, 275, 279, 283

Lücken

- Anerkennung der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts 73
- echte 358
- positivrechtliche Anerkennung der unechten des Regelrechts in Art. 2 Abs. 2 ZGB 191, 362
- unechte 362
- unechte auch im öffentlichen Recht? 318, 318 Anm. 35

Lücken (Fortsetzung)

- unechte, aus realisiertem Blickwinkel unvollkommene 358/59
- unechte, unter legislativpolitischem Aspekt unvollkommene 357
- unechte, vom Standpunkt des richtigen Rechts aus unvollkommene 360
- Verweis auf Begriff und Einteilung der unechten 191 Anm. 101

Lückenfüllung vgl. auch Rechtsfindungstätigkeit

- Änderung bisheriger 75
- und Anerkennung von Prinzipien 19/20
- und Auslegung 38 Anm. 80
- und der ratio legis teilhaftige Prinzipien 38
- durch Gewohnheitsrecht immer denkbar 188
- Hilfsmittel vgl. Hilfsmittel der Rechtsfindungstätigkeit
- und Rechtsanwendung (ausgenommen Billigkeit) 73, 75
- und Regelbildung 76
- und restliche Prinzipien 43/4
- unechter Lücken auch im öffentlichen Recht? 318, 318 Anm. 35
- unechter Lücken und Rechtsmissbrauch 356–360, 389, 393

M

Mädchen für alles

- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 401
- Treu und Glauben nicht als 302

Maklervertrag und Provisionsschuld 149 Anm. 20

Massstabfunktion

- eigentliches Schwergewicht von Treu und Glauben in der 303
- des Ethos vgl. Ethos
- von Treu und Glauben 236/37, 238, 239, 242, 243, 261, 269 ff.
- von Treu und Glauben gegenüber Verkehrssitte und Erfahrungssätzen des Geschäftsverkehrs 279/80, 290/91
- von Treu und Glauben und Grenzen der guten Sitten 256
- von Treu und Glauben und Grundlagenirrtum 280 ff.
- von Treu und Glauben und Kündbarkeit eines Dauerschuldverhältnisses 288
- von Treu und Glauben und der Rechtsmissbrauch 335, 343 ff., 347/48

Masstabfunktion (Fortsetzung)

- von Treu und Glauben und vertraglich eingeräumtes Ermessen 283

Masstäbe

- der Anwendung eines Korrekturprinzips der Regeldurchbrechung 81
- sittliche vgl. Ethos

Massstäbe des Rechtsmissbrauchs 335 ff.

- keine im Rechtsmissbrauchsverbot selbst 187, 194, 195, 324 Anm. 73, 335/36, 399
- keine in Rechtsempfinden und Rechtsethik 325, 335
- Modelle einzelner Regeln als 335, 336 ff.
- Modelle ganzer Regelungskomplexe als 335, 339 ff.
- nicht als Gegenstand des Rechtsmissbrauchs 362
- Regelmäßigkeit und Objektivität aller 335, 346
- Treu und Glauben als 238, 278 Anm. 68, 335, 343 ff., 373, 375, 375 Anm. 44

Materielle Rechtskraft vgl. Zivilprozessrecht

Maximen

- als Richtsätze des Handelns 7
- prozessrechtliche vgl. Zivilprozessrecht

Menschliche Verbundenheit vgl. auch lex imperfecta sowie Lebenserscheinungen

- Begrenzungen des Handelns in ihr aus der Verbundenheit als vorgegeben und Grundgedanke von Treu und Glauben 230 ff., 233
- Begriff der Rechtshandhabung und Tätigkeit in ihr als vorgegeben 229/30
- als vorgegeben 228/29
- vorgegebene als ungleich zu rechtlicher Sonderverbindung 231 Anm. 152, 277

Methode

- und Art. 1 ZGB 64 Anm. 66, 76
- und Begriffsbildung 59, 107, 112, 114, 114/15
- bei Ermittlung der Grundsatzqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 175, 176 Anm. 21
- Formalismus älterer Rechte 148/49, 160/61, 161, 161 Anm. 9
- keine historische beim Rückblick auf die Entwicklung von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 147, 160 Anm. 5, 169
- methodische Sorgfalt und Art. 2 ZGB 343/44

Methode (Fortsetzung)

- Phänomenologie (und Vorgegebenheit) 33, 33 Anm. 40, 34, 53 ff., 62/3; vgl. auch dort
- phänomenologische Analyse des Rechtsmissbrauchsverbots 322/23
- phänomenologische Analyse von Treu und Glauben 228 ff.
- rechtliche Denkweise und Normenhierarchie 84/5
- und Treu und Glauben 270
- bei Untersuchung von Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB 199 ff., 203/04, 204/05

Mietvertrag 149 Anm. 20, 285 Anm.en 101 und 102, 289 ff.; vgl. auch Gerichtsklauseln

Missbrauch vgl. Sprachgebrauch

Missverständnis, langlebiges vgl. Langlebiges Missverständnis

Mittelalter

- bona fides im gemeinen Recht 150
- Gebot der schonenden Rechtsausübung im gemeinen Recht 153
- und normenhierarchisches Denken 85
- Rechtsmissbrauchsverbot als Schikaneverbot im Mittelalter 163/64
- Treu und Glauben als im gemeinen Recht anerkannter Grundsatz 150 Anm. 25, 171

Modelle vgl. auch Gattungs- und Artmodelle, Lebenserscheinungen sowie Regelbildung

- Beispiele für regelhafte Modelle und der Rechtsmissbrauch 337 ff., 340 ff., 345/46
- einer Regel und verselbständigte Regel 356/57, 379
- einzelner Regeln als Massstab des Rechtsmissbrauchs 335, 336 ff.
- Erkenntnis neuer wesensmässiger und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 333, 385, 386, 387, 389, 390 ff.
- ganzer Regelungskomplexe als Massstab des Rechtsmissbrauchs 335, 339 ff.
- ihre Regelmäßigkeit und der Rechtsmissbrauch 346
- Rechtsmissbrauchsverbot und keine Betrachtung nach wesensmässigen 330/31, 332
- von Lebensereignissen und Regelrecht 327/28, 355 ff.

Modelle (Fortsetzung)

- von Spezifikationen von Treu und Glauben als Massstab des Rechtsmissbrauchs 344/45
- wesensmässig erkennbares neues und selbstständige Regel 358/59, 376 Anm. 49, 376/77

Moral und Rechtsmissbrauch 325 Anm. 76

N

Natürliche Gegenseitigkeit bei Rechtsgeschäften vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Natürliche Kausalgesetze 60

Natur der Sache 54/5, 78, 85, 108, 158
Anm. 67, 239, 243, 265, 322, 330, 382, 383

Naturrecht 32/3, 224/25

Neidbau 163, 165, 195, 325

Normalfälle vgl. Durchschnittsfälle

Normalfall der Anwendung von Prinzipien 93

- bei Treu und Glauben 305

Normalfall der Durchgangsfunktion von Prinzipien 129/30

- bei Treu und Glauben 298

Normalfall der Konkretisierungsform von Prinzipien 122 ff.

- bei Treu und Glauben 244

Normalfall der Regelbildungseigenschaft von Prinzipien 63

- bei Treu und Glauben 244

Normative Prinzipien vgl. In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien

Normberichtigung vgl. Berichtigungsfunktion

Normenhierarchie 28, 32, 84/5

O

Objektivierte Begriffe 115/16

Objektivierter Geist vgl. Geist

Obligationenrecht

- Rechtsmissbrauchsverbot im 314, 314 Anm. 12
- Treu und Glauben im 158 Anm. 67, 181, 210, 226
- als vorgegeben 229 Anm. 141

Öffentliches Interesse und Treu und Glauben im öffentlichen Recht 219 Anm. 81

Öffentliches Recht

- keine Rechtsfolgen von Treu und Glauben auch im 237 Anm. 190, 237/38
- keine Verankerung des Rechtsmissbrauchsverbots in Art. 4 BV für das 351/52
- langlebiges Missverständnis gegenüber Art. 2 Abs. 2 ZGB und 315
- und Privatrecht 29/30, 31/2
- Rechtsmissbrauchsverbot und 315 ff., 318/19, 319/20, 323 Anm. 64, 364, 383/84
- Treu und Glauben im 212 ff., 215 ff., 218/19, 219 Anm. 81, 219 ff., 233, 246
- Treu und Glauben im Behördenverkehr 280
- Verankerung von Treu und Glauben in Art. 4 BV für das 218, 223, 248/49
- Vorschlag zu Gutgläubensschutz gestützt auf Art. 4 BV im 214, 218, 253, 253 Anm. 16, 220

Offenbarer Rechtsmissbrauch

- Betonung der Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs als Hinweis auf Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 372/73
- eminent grosse praktische Bedeutung des Elementes offenbar 365/66
- keine selbständige Bedeutung des Elementes offenbar 364
- nur krasser Missbrauch der Regelhaftigkeit als Rechtsmissbrauch 361/62, 364, 365

Offizialmaxime vgl. Zivilprozessrecht

Ontologie

- und Ethik 44
- und Konkretisierung als Entfaltung im und zum Wirklichen 108/09
- und Konkretisierung als Veranschaulichung 109

Ordnung

- Eigenwert des Ordnungsgedankens und Regelbildung als unverzichtbares Mittel zwecks 50, 51, 52, 56, 78, 116, 122, 125, 125/26, 126, 127, 130, 239, 322, 330, 379
- als konstitutives Element der Rechtsordnung 51
- Ordnung als *Rechtsordnung* 50/1
- Ordnungscharakter der Rechtsvorschriften 49, 51
- Umkehrung der Anforderungen der Ordnungsfunktion des Rechts beim Rechtsmissbrauchsverbot 329/30, 379, 381

Ordnung (Fortsetzung)

- Ungenügen ausschliesslich regelhaften Ordnungsverständnisses 71, 322/23, 327
- Ordnungsprogramm der Rechtsordnung und Erkenntnisprinzipien der Jurisprudenz** 41/2

Originär Individuelles 118/19; vgl. auch Individualisierung

- als bewusstseinsmässig erste Realität der Lebensverhältnisse 53, 119
- und Korrekturprinzipien 77, 78/9, 81, 83, 119
- und Natur der Sache 54/5
- und Ordnungswert 125/26
- und Rechtsmissbrauchsverbot 332, 334, 338/39, 359/60, 363, 370 ff., 379, 380
- und Rechtsregel 61/2, 119
- und Treu und Glauben 244, 272, 288, 289, 290
- und Wesenserkenntnis 54

Ortsgebrauch und Gewohnheitsrecht 189 Anm. 83

P

pacta sunt servanda 161/62, 228 Anm. 133

Patentnichtigkeitsklage und Auslegung des Veräusserungsvertrages unter Beizug von Treu und Glauben 226 Anm. 126, 227 Anm. 128

Personenrecht als vorgegeben 229 Anm. 141

Phänomene, rechtstechnische vorgegebene vgl. auch Lebenserscheinungen

- Begriff der Rechtshandhabung als Entsprechungsform rechtstechnischer Art 230, 230 Anm. 148
- Grundgedanke von Treu und Glauben als Entsprechungsform rechtstechnischer Art 231/32
- Möglichkeit des Rechtsmissbrauchsverbots als solchen entsprechend 323
- Möglichkeit der Regelberichtigung als 322/23
- Rechtspflege als 213
- Regelmässigkeit als 67/8, 322
- Spannungsfeld von Regel und Lebensverhältnis als 62/3

Phänomenologie

- als Methode 33, 33 Anm. 40, 53/4, 54/5, 239, 357
- und Modelle einzelner Regeln 336, 404
- und Modelle ganzer Regelungskomplexe 339, 404

Phänomenologie (Fortsetzung)

- und Modelle in Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen 318, 386, 405
- und Regelbildung 55/6, 239
- und System 95/6
- Untersuchung des Rechtsmissbrauchsverbots nach der 322/23
- Untersuchung von Treu und Glauben nach der 228 ff.
- und Vorgebenheit von Prinzipien 33/4

Politik

- gewisse rechtspolitische Gestaltung in der Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 386, 388
- keine freie rechtspolitische Gestaltung im Rechtsmissbrauchsurteil 329/30, 357, 358/59, 385
- Missbrauch politischer Rechte und Auslegung 317
- noch politisch zu entscheidende Fragen vgl. Charakteristika von Prinzipien
- und Vorgebenheit 34

Positivismus 32/3, 50/1, 51 Anm. 9, 224/25

Positivrechtliche Rechtfertigung vgl. auch

- Begründungszusammenhang
- und Anwendbarkeit von Prinzipien 91 ff., 246/47, 350
- von Prinzipien 84 ff.
- von Prinzipien und die Untersuchung des Prinzipiengehalts von Art. 2 ZGB 201
- überragende Bedeutung für die Justiziabilität von Prinzipien 89 ff., 246/47, 350

Positivrechtliche Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes

- Bedeutung 350
- für das gesamte Privatrecht in Art. 2 Abs. 2 ZGB 350/51, 351 Anm. 202
- für das kantonale Prozessrecht als subsidiärer Satz 351, 351 Anm. 205
- keine (feste) für das öffentliche Recht 351/52

Positivrechtliche Rechtfertigung von Treu und Glauben

- Bedeutung 245/46, 246, 246/47
- für das gesamte öffentliche Recht in Art. 4 BV 218, 223, 248/49
- für das gesamte Privatrecht in Art. 2 Abs. 1 ZGB 247/48
- gefestigter regelhafter Anwendungen von Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB 285, 298

Postulate vgl. auch Charakteristika von Prinzipien

Postulate (Fortsetzung)

- ethische hinter dem Rechtsmissbrauchsverbot 324/25, 359/60
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 193
- Treu und Glauben nicht als 179
- und Vorgegebenheit 34

Praktikabilität von Prinzipien 28, 30, 35;
vgl. auch Begründungszusammenhang
sowie Positivrechtliche Rechtfertigung
principe de la confiance vgl. Vertrauens-
prinzip

- Prinzip** 7 ff., 7/8, 7 Anm. 6; vgl. auch
Charakteristika von Prinzipien
- und Abstrahierung 22 ff.; vgl. auch dort
 - Anwendbarkeit vgl. Anwendbarkeit von Prinzipien
 - Arten vgl. Arten von Prinzipien
 - Begriff 25
 - Besondere Allgemeinheitsstufe vgl. dort
 - und Gerechtigkeit 21 Anm. 108, 50 Anm. 8
 - inhaltliche Kohärenz vgl. Inhaltliche Kohärenz von Rechtsprinzipien
 - Justiziabilität vgl. Justiziabilität von Prinzipien
 - Kombination von Abstraktion und Konkretion vgl. dort
 - Konkretisierung 22 ff.; vgl. auch dort
 - Konkretisierungsbedürftigkeit vgl. dort
 - Konkretisierungsfähigkeit vgl. dort
 - und Regelbildung vgl. Regelbildung und Prinzipien
 - und System des Rechts vgl. dort

Prinzipielle Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes 313 ff.

- Argumente für vereinzelte Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 318/19, 383/84
- Berichtigungsfunktion vgl. dort
- Berührungspunkt von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. dort
- Indizien für Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots 321/22
- Inhaltsbestimmung des Rechtsmissbrauchsverbotes vgl. dort
- Langlebiges Missverständnis gegenüber Art. 2 Abs. 2 ZGB vgl. dort
- Massstäbe des Rechtsmissbrauches vgl. dort
- Missbrauch vgl. Sprachgebrauch
- Positivrechtliche Rechtfertigung des Rechtsmissbrauchsverbotes vgl. dort
- Rechtsmissbrauch und Moral 325 Anm. 76

Prinzipielle Aussage des Rechtsmissbrauchsverbotes (Fortsetzung)

- Rechtsmissbrauchsverbot als Generalklausel 320/21
- Rechtsmissbrauchsverbot als Grundsatz des gesamten Privatrechts 314, 314 Anm. 13
- Rechtsmissbrauchsverbot als hochtechnisiertes Prinzip ohne eigenen ethischen Gehalt 324/25
- Rechtsmissbrauchsverbot als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip 320/21
- Rechtsmissbrauchsverbot als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip 322/23, 323
- Regelbildung und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. dort
- Regelmäßigkeit und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. dort
- Stellungnahme zum Rechtsmissbrauchsverbot im öffentlichen Recht 319/20
- Vorbehalte gegenüber genereller Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 315 ff.
- Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots und öffentliches Recht 323 Anm. 64

Prinzipielle Aussage von Treu und Glauben 209 ff.

- Berührungspunkt von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. dort
- Geltung von Treu und Glauben für das ganze Bundesprivatrecht 210/11
- Geltung von Treu und Glauben für ZGB und OR 210
- Indizien für Vorgegebenheit von Treu und Glauben 224 ff.
- Inhaltsbestimmung von Treu und Glauben vgl. dort
- Massstabfunktion von Treu und Glauben vgl. Massstabfunktion
- Positivrechtliche Rechtfertigung von Treu und Glauben vgl. dort
- Rechtspflege und Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 213/14
- Regelbildung von Treu und Glauben vgl. dort
- Regelmäßige Anwendungen von Treu und Glauben vgl. dort
- Treu und Glauben als eigenständige ethische Aussage in Gebotsform 235/36

Prinzipielle Aussage von Treu und Glauben

(Fortsetzung)

- Treu und Glauben als ethische Generalklausel 236
- Treu und Glauben als Generalklausel 224
- Treu und Glauben als Grundsatz des gesamten Privatrechts 211/12
- Treu und Glauben als Grundsatz des kantonalen Privatrechts 212
- Treu und Glauben als in der geltenden Rechtsordnung enthaltenes Prinzip 222/23
- Treu und Glauben als jeder Rechtsordnung vorgegebenes Prinzip 228 ff., 232
- Treu und Glauben als lex imperfecta vgl. lex imperfecta
- Übertragung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 215 ff.
- Vertragsrecht und Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 212/13
- Vorgegebenheit von Treu und Glauben und öffentliches Recht 233

Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB 3, 141 ff., 143

- des Abs. 1 209 ff.
- des Abs. 2 313 ff.

Prinzipienqualität

- der Billigkeit 38, 39, 80
- Gefahr des Verlusts bei Überdehnung 99, 219
- keine des guten Glaubens 255
- des Rechtsmissbrauchsverbots 184 ff., 197, 199, 382 Anm. 81
- von Treu und Glauben 175 ff., 183/84, 199, 278, 383

Privateigentum

- Beschränkungen 36/7, 90 (Art. 667 ZGB), 363, 363 Anm.en 47 und 48 (Art. 679 ZGB)
- als vorgegebenes Prinzip 36

Privatrecht

- internationales und Rechtsmissbrauch 319 Anm. 41
- kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz des 277
- und öffentliches Recht 29/30, 31/2
- Rechtsmissbrauchsverbot im 314, 314 Anm. 13
- Treu und Glauben im 211/12

Problemprinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Q

Qualität vgl. Prinzipienqualität

Quasi-Gebilde und System 97 Anm. 13
quidquid ... dare facere oportet ex fide bona 148

R

ratio legis vgl. Der ratio legis teilhaftige Prinzipien

Raumplanung und System 96 Anm. 9

Rechtfertigung, positivrechtliche vgl.

Positivrechtliche Rechtfertigung sowie Begründungszusammenhang

Rechtliches Gehör vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

Rechtliche Sonderverbindung vgl. Sonderverbindung, rechtliche

Rechtsanwendung vgl. auch Rechtsfindungstätigkeit

- und Art. 2 ZGB 348/49, 349
- und Billigkeit 78 ff.

- durch die Beteiligten selbst 64 Anm. 66
- und Durchgangsfunktion von Prinzipien 129 ff.

- und Einzelfall 73, 111

- und Entfaltung auf das Wirkliche hin 108

- individualisierende und Ordnungswert 126

- und Konkretisierung 64/5, 91, 92, 122, 242

- und positivrechtliche Rechtfertigung von Prinzipien 84, 88, 88/9, 90

- und Rechtsmissbrauchsverbot 316/17, 322/23, 324, 331/32, 335, 348/49, 349, 362/63, 380, 398, 400/01

- und Regelkorrekturen 73 ff.

- und Treu und Glauben 302, 348 Anm. 190, 348/49, 349

Rechtsausübung vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie v.a. Rechtsandhabung

Rechtsfindungstätigkeit vgl. auch Auslegung sowie Lückenfüllung

- Abschluss der gesamten vor Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots 362/63, 365, 398, 400/01

- Hilfsmittel der vgl. dort

- objektive Methode der und Treu und Glauben 270

Rechtsfindungstätigkeit (Fortsetzung)

- verschiedene Aufgaben der beiden Absätze von Art. 2 ZGB bei der 343/44, 348, 362

Rechtsfolgen vgl. auch *lex imperfecta*

- bei regeldurchbrechendem tatsächlichem Verhalten 72
- ethischer Gebote erst bei krasser Verletzung 69, 237/38
- keine eigenen unmittelbaren von Treu und Glauben 213/14, 217/18, 220, 289, 304/05
- Ursache des Fehlens bei Treu und Glauben 237/38, 237 Anm. 190
- Verweigerung des Rechtsschutzes beim Rechtsmissbrauchsverbot als 141, 187 Anm. 71, 329, 335, 347/48, 385, 385 Anm. 96
- von Treu und Glauben indirekt über Art. 1 UWG 297, 305
- von Treu und Glauben nur mittelbar über das Rechtsmissbrauchsverbot 238, 305, 347/48, 383

Rechtsgedanken, allgemeine vgl. Allgemeine Rechtsgedanken

Rechtsgeschäfte vgl. Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften

Rechtsgleichheit 116, 219 Anm. 81

Rechtsgrundsatz, allgemeiner und Prinzip 7/8, 7 Anm. 6; vgl. Prinzip

Rechtshandhabung

- Begriff 229/30, 230 Anm. 145
- und gewisse Redlichkeit/Loyalität 159, 170, 180/81, 213/14, 231, 255, 258, 261, 275, 293
- nutzlose vgl. Schädigungsabsicht sowie Schikaneverbot
- Rechtsmissbrauchsverbot kann jede betreffen 314, 325/26, 328, 339, 346, 360, 361/62, 385, 385 Anm. 96, 393, 393 Anm. 129
- Spielraum der vgl. Gebot der schonenden Rechtsausübung
- Treu und Glauben betrifft jede 226, 227, 232, 258, 272
- Verbindung jeder mit einem rechtlichen Interesse 185 Anm. 65

Rechtsinstitute vgl. Regelungskomplexe

Rechtsslage vgl. Rechtsposition

Rechtsmissbrauchsverbot 3, 141, 143, 160 ff., 169 ff., 184 ff., 199 ff., 311 ff., 404/05; ferner ist der Ausdruck Dutzenden von anderen Stichwörtern beigeordnet, weshalb ein genereller Hinweis darauf hier genügt

Rechtsmittelbelehrungen, unrichtige (oder fehlerhafte) vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

Rechtsordnung

- die konstitutiven Elemente der 51
- Fremde Rechtsordnungen vgl. dort
- und Gerechtigkeit 50/1
- und Natur der Sache 54/5
- Recht als Rechtsordnung 49/50
- und Regelbildung 52
- Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen und gewohnte Einteilungen der 384

Rechtsordnung und Prinzipien 49 ff.

- Denkbarkeit von Prinzipien der Regelmodifikation und der Regeldurchbrechung 70 ff., 77 ff., 327/28
- ethische Gehalte prinzipieller Art und Regelbildung 65 ff.
- In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien vgl. dort
- Regelbildung und Prinzipien vgl. dort
- und Untersuchung des Prinzipiengehaltes von Art. 2 ZGB 200

Rechtspflege und Treu und Glauben im öffentlichen Recht 213/14

Rechtsposition vgl. v.a. auch Rechtshandhabung

- Begriff 229/30
- Missbrauch normgemäss eingenommener als Rechtsmissbrauch 191

Rechtspositivismus vgl. Positivismus

Rechtsprechung vgl. auch Judikatur

- Anerkennung von Treu und Glauben in der 179
- und Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 319 Anm. 37
- und Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht 219
- Ausschluss in Geltung bleibenden Rechts durch den Richter im Rechtsmissbrauchsurteil 328/29
- bundesgerichtliche Formeln der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 373 ff.
- und Durchgangsfunktion von Prinzipien 129 ff.
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots 386, 388/89, 390 ff.
- und Einzelfall 73, 111
- und Erkenntnisgrund von Prinzipien 40/1, 43/4
- und Grenzen der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 380

Rechtsprechung (Fortsetzung)

- Indizien für Vorgegebenheit des Rechtsmissbrauchsverbots in der 321
- Indizien für Vorgegebenheit von Treu und Glauben in der 226 ff.
- als interessenneutral und Konkretisierung 91
- und Prinzipienqualität von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 173/74
- und Regelhaftigkeit der Anwendungen von Treu und Glauben 241, 241 Anm.en 208 und 209
- und Richtigkeit der Lösung beim Rechtsmissbrauch 359
- als Schöpfer eines Begründungszusammenhangs von Prinzipien 89
- und Selbstevidenz von Prinzipien 84, 85
- und System des Rechts 97, 98
- als Träger der Anerkanntheit von Prinzipien und allgemeinen Rechtsgedanken 19/20, 178/79
- als Träger der Erkenntnis von Prinzipien 41 ff.
- als Träger einer Neuinterpretation 74/5, 390 ff.
- vereinzelt klare Anerkennung des Rechtsmissbrauchsverbots in der 191/92
- Wechselwirkung mit Lehre 43/4
- Willkürprüfung und Rechtsmissbrauchsverbot 316/17, 317 Anm. 28

Rechtsprinzip, allgemeines und Prinzip 7/8, 7 Anm. 6; vgl. Prinzip

Rechtsprinzipien im materiellen Sinne vgl.
In der geltenden Rechtsordnung enthaltene Prinzipien

- Rechtssatz 44, 62/3, 96; vgl. auch Charakteristika von Prinzipien sowie Tatbestand-Rechtsfolge-Relation**
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 186/87
 - Treu und Glauben nicht als 176

Rechtssicherheit

- und Rechtsmissbrauchsverbot 160/61, 316/17, 330/31, 359, 379
- und regelhafte Rechtsordnung 50, 51, 70, 116, 230
- und Treu und Glauben im öffentlichen Recht 219 Anm. 81

Rechtsstaat vgl. auch Gesetzgeber sowie Gewaltenteilung

- Art. 4 BV als Grundlage des 248 Anm. 254

Rechtsstaat (Fortsetzung)

- Erlassformen des und Erkenntnis von Prinzipien 28, 28 Anm. 7, 84/5
- Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit 29
- und Verzicht auf Regelbildung bei Regeldurchbrechung 81, 127, 381

Rechtsstaatsklausel von Art. 4 BV 86, 178/79, 179 Anm. 33, 214, 248 Anm. 254

- keine Verankerung des Rechtsmissbrauchsverbots für das öffentliche Recht in der 351/52
- Verankerung von Treu und Glauben für das öffentliche Recht in der 218, 223, 248/49
- Vorschlag zu Gutgläubensschutz im öffentlichen Recht gestützt auf die 214, 218, 220, 253, 253 Anm. 16

Rechtsstandpunkt vgl. Rechtsposition

Rechtsstellung vgl. Rechtsposition

Rechtstechnik vgl. Aufgabe, rechtstechnische sowie Phänomene, rechtstechnische vorgegebene

Rechtsverbindlichkeit von Prinzipien 89, 90, 92, 97, 97 Anm. 20, 98, 99 Anm. 25

Rechtsverweigerung, formelle vgl. Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

Rechtswissenschaft vgl. Lehre

Redlichkeit

- gewisse vgl. Loyalität, gewisse
- der Gesinnung im Zweifelsfall und Gutgläubensschutz 253/54

Regelbildung vgl. auch Regelhaftigkeit

- und Durchschnittsfälle 58, 117, 242, 293
- und Erfahrungssätze 59/60, 243
- als Formulierung von Gattungs- und Artmodellen 56 ff., 116/17, 122, 129 ff., 242, 293
- geistige Tätigkeiten dabei vgl. Tätigkeiten, geistige
- und Nichtberücksichtigung des originär Individuellen 61/2, 119, 244
- und Standards 60/1
- als Tendenz jeglichen Rechts 62/3, 122, 239, 322
- Ursachen der vgl. dort
- Verpflichtung zur in Art. 1 Abs. 2 ZGB 76, 240 Anm. 203, 241, 241 Anm. 213, 358
- und Wesen der zu ordnenden Verhältnisse 55/6, 116, 242
- und Wesensanschauung vgl. dort

Regelbildung (Fortsetzung)

- als wesentlichstes Mittel der Rechtsordnung 51, 52, 117, 322

Regelbildung und Prinzipien 62 ff.

- ethischer Gehalt und 66/7, 122/23, 239
- Konkretisierung und 64/5, 91, 92, 122, 242
- Korrekturprinzipien der Regeldurchbrechung und Ausschluss der 127, 130, 381
- Korrekturprinzipien der Regelmodifikation und nachmalige 126, 130, 381
- Rechtsqualität und 63, 122, 239

Regelbildung und Rechtsmissbrauchsverbot
vgl. auch Regelhaftigkeit und Rechtsmissbrauchsverbot

- Ausschaltung der Ursachen der Regelbildung beim Rechtsmissbrauchsverbot 329 ff., 331
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes vgl. dort
- fehlende Regelbildungseigenschaft und Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes sowie Sachgruppenbildung vgl. je dort
- keinerlei bei der unmittelbaren Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots 330, 342, 368, 387

Regelbildung von Treu und Glauben 244/45;
vgl. auch Regelhafte Anwendungen von Treu und Glauben

- Bestätigungen der 240/41
- doppelte Ursache zur 239/40, 243, 272 Anm. 36
- Regelbildungseigenschaft und Konkretisierungsform von Treu und Glauben vgl. dort

Regeldurchbrechung

- als denkbare Prinzip 77, 81, 124, 327/28
- Eigenschaften eines Prinzips der 81
- geistige Tätigkeit bei 77, 81, 119, 124/25, 130, 332
- Massstäbe der 81; vgl. auch Massstäbe des Rechtsmissbrauches
- Rechtsmissbrauchsverbot als korrigierende Generalklausel und als Korrekturprinzip der 328/29
- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) 361/62
- und Regelbildung 77/8, 81, 125/26, 381

Regeldurchbrechung (Fortsetzung)

- und Sachgruppenbildung vgl. dort
- tatsächliches menschliches Verhalten als 72

Regelhafte Anwendungen von Treu und Glauben vgl. auch Regelbildung von Treu und Glauben

- Anknüpfung an Modelle der Gattung oder Art 287, 344/45
- Anzeigepflicht bei (klar) erkanntem Irrtum 287
- Spezifikationen von Treu und Glauben als Massstab des Rechtsmissbrauchs 344/45, 345/46, 383
- Unklarheitenregel 285 ff., 292
- Unterregel der Unklarheitenregel 286/87

Regelhaftigkeit vgl. auch Regelbildung

- Notwendigkeit besonderer Voraussetzungen für Ausnahmen von der 56, 61, 62, 63, 81
- Rechtsmissbrauchsverbot gilt gegenüber aller 325/26, 360, 361/62, 363, 393, 393 Anm. 129, 398
- als rechtstechnische Vorgegebenheit 49 Anm. 2, 53 ff., 62/3, 67/8, 322, 322/23
- Überdehnung der vgl. dort

Regelhaftigkeit und Korrekturprinzipien 77, 77 ff., 81, 124, 327/28

Regelhaftigkeit und Rechtsmissbrauchsverbot vgl. auch Regelbildung und Rechtsmissbrauchsverbot

- Möglichkeit des Rechtsmissbrauchsverbots als Folge der Regelhaftigkeit vorgegeben 322, 322/23, 323
- Rechtsmissbrauchsverbot als regeldurchbrechendes Korrekturprinzip des (krassen) Missbrauchs der Regelhaftigkeit (des (Regel-)Rechts) 361/62
- Regelhaftigkeit als Gegenstand des Rechtsmissbrauchs 355 ff., 360
- Regelhaftigkeit aller Massstäbe des Rechtsmissbrauchs 346
- und Regeldurchbrechung vgl. dort
- Überdehnung der Regelhaftigkeit vgl. dort

Regelmodifikation

- Änderung der Regel durch die erlassende Instanz 72/3, 92, 358
- Bedeutung freierer Auslegung 74, 316
- Bedeutung der Lückenfüllung 75
- Betrachtung des Einzelfalles 73, 111
- Billigkeit als Prinzip der 80, 90, 126, 328, 381

Regelmodifikation (Fortsetzung)

- als denkbare Prinzip 77, 124, 327/28
- geistige Tätigkeit bei 77, 78/9, 119, 124/25
- und Regelbildung 76, 77/8, 79/80, 125/26, 126, 130, 381
- tatsächliches menschliches Verhalten und 72
- veränderte Interpretation 74/5, 92, 358 Anm. 21, 387/88, 390 ff., 392/93

Regeln

- Modelle einzelner als Massstab des Rechtsmissbrauchs 335, 336 ff.
- als objektivierter Geist vgl. Geist
- Richtigkeit, Rechtsmissbrauch und 359/60
- und Wirtschaftsrechtsmissbrauch 384, 384 Anm. 94

Regeln von Treu und Glauben 241, 241 Anm. 209

Regelrecht vgl. auch Regelbildung sowie Regelhaftigkeit

- als objektiver Geist 70, 327
- als objektivierter Geist 70, 327, 336/37, 340, 358
- Ungenügen ausschliesslich regelhaften Verständnisses des 71, 322/23, 327
- Verselbständigung des 70/1, 296 ff., 298/99, 326 ff., 335 ff., 346, 356; vgl. auch Überdehnung der Regelhaftigkeit

Regelungskomplexe 96

- Modelle ganzer als Massstab des Rechtsmissbrauchs 335, 339 ff.
- und Wirtschaftsrechtsmissbrauch 384, 384 Anm. 94

règles de la bonne foi 241, 241 Anm. 208

Rentenansprüche des geschiedenen Ehegatten

- Präzisierung der Rechtsprechung dazu in einem neuesten Urteil 380 Anm. 71
- und Rechtsmissbrauch (inkl. Individualisierung) 376/77
- als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 358/59, 383

Restliche Prinzipien 41 ff., 42/3

- Arbeitsprinzipien der Jurisprudenz 42
- Aufbauprinzipien 41/2
- dogmatische Prinzipien 41 ff., 42/3
- doktrinaire Prinzipien 41 ff., 42/3
- Erkenntnisprinzipien der Jurisprudenz 41/2, 42 Anm. 99
- informative Prinzipien 42
- instruktive Prinzipien 42
- jurisprudentielle Prinzipien 43

Restliche Prinzipien (Fortsetzung)

- Problemprinzipien 42
- Strukturprinzipien 41/2
- systembildende Prinzipien 41/2, 42 Anm. 99
- von Lehre und Rechtsprechung erarbeitete Prinzipien 41 ff., 42/3
- zweitrangige Bedeutung der 41, 43, 43/4

Richtigkeit

- der Beurteilung und Individualisierung von Korrekturprinzipien 125
- und Gerechtigkeit 50, 69 Anm. 92, 359
- rechtlicher Beurteilung und der Rechtsmissbrauch 324, 359/60, 359 Anm. 29

Rückwirkung

- der Geltung von Art. 2 ZGB für Rechtsverhältnisse vor Erlass des ZGB 247
- Verbot der für (belastende) Gesetze und Treu und Glauben im öffentlichen Recht 219 Anm. 81

S

Sachenrecht

- Bindung des Eigentumsinhalts an das Ausübungsinteresse (Art. 667 ZGB) 90
- Faustpfandprinzip 45
- Gebot der schonenden Rechtsausübung vgl. dort
- Prinzipien des Fahrnispfandrechts und des 29
- Prinzip des Privateigentums 36/7
- Schikaneverbot vgl. dort
- Traditionsprinzip 38
- Überschreitung des Eigentums (Art. 679 ZGB) 363, 363 Anm.en 47 und 48
- als vorgegeben 229 Anm. 141

Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen 382 ff.

- Art. 66 OR 337 ff., 338 Anm.en 145 und 147, 360, 382, 392/93
- Auswahl und Umfang 382, 382 Anm. 81, 384
- Berufung des Schuldners auf Untergang des Gläubigerrechts 383
- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes vgl. dort
- Formvorschriften 357, 371 Anm. 22, 383, 390
- in Anlehnung an einzelne Spezifikationen von Treu und Glauben 383

Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen
(Fortsetzung)

- keine nur in Anlehnung an Treu und Glauben 383
- Mehrheitsentscheide zu Lasten der Minderheit in der Aktiengesellschaft 345 Anm. 178, 383
- Rentenansprüche des geschiedenen Ehegatten 358/59, 376/77, 383
- Scheinehen 340 ff., 357, 382, 389
- Verjährungs- und Verwirkungsfristen 319 Anm. 37, 383
- Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung 318/19, 372/73, 383/84
- Wirtschaftsrechtsmissbrauch? 384, 384 Anm. 94

Sachgruppenbildung

- und Billigkeitsprinzip 79/80, 126, 130
- und Entfaltung auf das Wirkliche hin 108
- Minimum bei regeldurchbrechenden Korrekturprinzipien 77/8, 81, 127, 130, 333, 381
- mögliches Minimum bei Korrekturprinzipien 77/8, 125/26, 130
- verbleibendes Minimum beim Rechtsmissbrauchsverbot 333, 381/82, 403, 404
- und vereinzelte Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots ins öffentliche Recht 318/19, 319 Anm. 37, 383/84

Schädigungsabsicht und Rechtsmissbrauch
185, 356; vgl. auch Schikaneverbot

Scheidungsklage und Rechtsmissbrauchsverbot 186 Anm. 70, 321 Anm. 52, 372 Anm. 31 und 32

Scheinehe und Rechtsmissbrauch 340 ff., 357, 382, 388/89, 389 Anm. 113; vgl. auch Sachgruppen von Rechtsmissbrauchsfällen

Schema

- Eigenheiten 307, 403
- zu Rechtsmissbrauchsverbot und Individualisierung 404/05
- zu Treu und Glauben und Spezifizierung 308/09

Schiedsspruch vgl. Zivilprozessrecht

Schikaneverbot

- gesetzliche Fixierungen des 164/65
- gleichbleibendes Element in der historischen Entwicklung des Rechtsmissbrauchsverbots 167/68, 170
- im römischen Recht 161/62

Schikaneverbot (Fortsetzung)

- in älteren schweizerischen Urteilen 165/66
- keine inhaltliche Übereinstimmung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot 166, 184/85, 185
- als Theorie der aemulatio im Mittelalter 163/64

**Selbstevidenz des prinzipiellen Gedanken-
gehaltes** 13, 28, 33/4, 84, 85, 86, 86/7,
248/49

Singularisierung vgl. Vereinzelung

Sittlichkeit vgl. Ethos sowie Gute Sitten

Sonderverbindung, rechtliche

- als Frage sachgemässer Spezifizierung von Treu und Glauben 277/78
- als ungleich zu vorgegebener menschlicher Verbundenheit 231 Anm. 152, 277

Sorgfaltspflicht vgl. Aktiengesellschaft

Sozialversicherungsrecht, Geltung von Treu und Glauben im 217

Spezifizierung 112 ff., 117/18

- Artbesonderes/Gattungsallesgemeines als konkret/abstrakt 112/13
- Eigenschaften als Unterscheidungskriterien 112
- und Gattungs- und Artbegriffe, konkret-
allgemeiner Begriff, Typus als Denkform 114/15
- Normalfall der Konkretisierungsform von Prinzipien 122 ff.
- und objektivierte Begriffe 115/16
- positive und negative Abstraktion als reziprok zur 114 Anm. 34
- und Regelbildung 116/17, 129/30, 242/43
- und der Satz *lex specialis derogat legi generali* 116

**Spezifizierung als Konkretisierungsform von
Treu und Glauben** 242/43, 267,
267 Anm. 5, 308/09; vgl. auch Konkreti-
sierungsform von Treu und Glauben

Sprachgebrauch

- Alltagssprache bei Treu und Glauben zwischen Fachkreisen und Laien bei standardisierten Verträgen 273, 273 Anm. 40, 286/87
- Fachsprache bei Treu und Glauben im Geschäftsverkehr 279
- missbräuchliches Verhalten ungleich Rechtsmissbrauch 316

Sprachgebrauch (Fortsetzung)

- Missbrauchsvorstellung der Alltagssprache ungleich Rechtsmissbrauch 316, 361
- Wortsinn von Missbrauch und Regelmäßigkeit als Gegenstand des Rechtsmissbrauchs 360, 361

Staatsgewalt, Recht und Rechtsgrundsätze 16

Staatsrecht 218, 228 Anm. 133, 229 Anm. 141

Standards vgl. Erfahrungssätze

Steuerrecht

- Geltung von Treu und Glauben im 216
- rechtsmissbräuchliches Verhalten im als Gesetzesumgehung 316

Strafprozessrecht, Geltung von Treu und Glauben im 216

Strafrecht 46 Anm. 120, 220

- Geltung von Treu und Glauben im 216, 220

Strukturen, vorgegebene der Lebenserscheinungen 33 Anm. 43, 265, 322, 330

- und Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbotes 385

Strukturprinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Subsidiarität vgl. Mädchen für alles sowie Superprinzip

Substantiierungspflicht vgl. Zivilprozessrecht

Superprinzip

- Ablehnung eines oder mehrerer Superprinzipien 100
- Rechtsmissbrauchsverbot nicht als 401
- Treu und Glauben nicht als 220

System des Rechts 1, 95 ff., 95 Anm. 5, 109

- Arbeits- und Erkenntnisprinzipien und 41/2, 42
- Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht und 219 ff., 219 Anm. 81, 233 Anm. 162
- des Eherechts und Rechtsmissbrauch gegenüber Art. 160 Abs. 2 ZGB 379
- inneres und äusseres 95, 117, 117 Anm. 54
- neue Anwendungsfälle von Prinzipien und 98

- des öffentlichen Rechts und Rechtsmissbrauchsverbot 317/18, 318, 319/20, 319 Anm. 40, 323 Anm. 64

- Offenheit des, Quasi-Gebilde und Prinzipien 97, 97 Anm. 13, 97/8

- und Superprinzipien vgl. Superprinzip

System des Rechts (Fortsetzung)

- und systemfremde Normen und Prinzipien 97, 97 Anm. 20
 - und systemfremde Rechtsmissbrauchsfälle 377 ff., 386
 - und Untersuchung des Prinzipiengehalts von Art. 2 ZGB 201
 - Zusammenspiel der Prinzipien im 98/9, 219 ff., 219 Anm. 81, 233 Anm. 162, 319/20, 319 Anm. 40, 323 Anm. 64
- Systembildende Prinzipien** vgl. Restliche Prinzipien

T

Tabellarischer Überblick

- zu Rechtsmissbrauchsverbot und Individualisierung 404/05
- zu Treu und Glauben und Spezifizierung 308/09

Tätigkeiten, geistige vgl. auch Konkretisierungsformen, Konkretisierungsformen von Prinzipien, Konkretisierungsform des Rechtsmissbrauchsverbotes sowie Konkretisierungsform von Treu und Glauben

- des Denkens bei Korrekturprinzipien 77, 78/9, 81, 119, 124/25, 130, 332, 368
- des Denkens bei Regelbildung 58/9, 116/17, 122, 129/30, 242/43, 267
- klar fassbare und Ablehnung von Superprinzipien 100
- und Name der Konkretisierung 91, 101 ff.
- Unmöglichkeit der Individualisierung als Denkform bei der Regelbildung 62, 119

Tatbestand-Rechtsfolge-Relation 9/10, 12, 22, 72 Anm. 105, 103

- keine beim Rechtsmissbrauchsverbot 186/87, 335, 399
 - keine bei Treu und Glauben 176, 304
- Technische und untechnische Rechtsgrundsätze** 234 Anm. 173

Traditionsprinzip des Sachenrechts 38

Treuegedanke vgl. Vertragsrecht

Treu und Glauben 3, 141, 143, 147 ff., 169 ff., 175 ff., 199 ff., 207 ff., 308/09; ferner ist der Ausdruck Dutzenden von anderen Stichwörtern beigeordnet, weshalb ein genereller Hinweis darauf hier genügt

Typus als Denkform 114/15

U

Überblick, tabellarischer vgl. Tabellarischer Überblick sowie Schema

- Überdehnung der Regelhaftigkeit** vgl. auch Regelhaftigkeit sowie Regelrecht
- und Bedeutung des Elements offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB 365
 - des Regelrechts und der Rechtsmissbrauch 346
 - als Ursache des Rechtsmissbrauchsurteils 356 ff., 360
 - Verselbständigung einzelner Regeln und Rechtsmissbrauch 336/37, 338/39, 376/77, 377 ff., 384, 384 Anm. 94, 390/91, 392/93
 - Verselbständigung ganzer Regelungskomplexe und Rechtsmissbrauch 340, 341/42, 384, 384 Anm. 94, 388/89
 - Verselbständigung regelhafter Spezifikationen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch 344/45, 345/46

Überzeugungskraft, geistige von Prinzipien vgl. Selbstevidenz des prinzipiellen Gedankengehaltes

Übung

- und Gewohnheitsrecht 18, 189 Anm. 83
- des internationalen Eierhandels und Treu und Glauben 282/83

Unklarheitenregel

- allgemeine Geschäftsbedingungen und 286, 286/87
- Auswirkungen auf Gerichtsstandsklausel in Formularvertrag 292
- als regelhafte Spezifikation von Treu und Glauben 285 ff.
- Sprachgebrauch und Unterregel der 286/87

Unredlichkeit und Art. 66 OR 337/38, 382

Unrichtige (oder fehlerhafte) Auskünfte

- im Sozialversicherungsrecht und Treu und Glauben 217
- im Verwaltungsrecht im allgemeinen und keine Lösung über Treu und Glauben 217/18
- Lösungsvorschlag über Gutgläubenschutz gestützt auf Art. 4 BV 218
- Lösung über Fristwiederherstellungen 216 Anm. 60
- Treu und Glauben im Behördenverkehr 280
- und Unklarheit der Bezeichnung Vertrauensschutz 259 Anm. 53

Unrichtige (oder fehlerhafte) Auskünfte (Fortsetzung)

- Ursache, dass keine Lösung über Treu und Glauben 237/38, 237 Anm. 190

Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

- keine Lösung über Treu und Glauben 213/14, 220
- Lösungsvorschlag über Gutgläubenschutz gestützt auf Art. 4 BV 214
- Lösung über formelle Rechtsverweigerung und Anspruch auf rechtliches Gehör 213/14
- Lösung über Fristwiederherstellungen 214
- Treu und Glauben im Behördenverkehr 280
- und Unklarheit der Bezeichnung Vertrauensschutz 259 Anm.en 52 und 53
- Ursache, dass keine Lösung über Treu und Glauben 237/38, 237 Anm. 190
- Zusammenfassung der Rechtsprechung dazu in einem neuesten Urteil 214 Anm. 37

Untergang des Gläubigerrechts, Berufung auf als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 383

Unterhaltsbeiträge, Vertrag über für ausser-eheliches Kind und Grundlagenirrtum 281

Unterhaltspflicht des Ehemannes bei gerichtlicher Trennung und im Scheidungsprozess

- keine Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 379, 382 Anm. 81
- und Rechtsmissbrauch 377 ff., 379 Anm. 68

Ursachen der Regelbildung

- bei ethischen Prinzipien 66/7
- bei Prinzipien 63
- bei Treu und Glauben 239/40
- ihre Ausschaltung beim Rechtsmissbrauchsverbot 329 ff., 331
- im allgemeinen 56, 125/26

Urteilsfähigkeit vgl. Vertragsrecht

V

Verabsolutierung von Formvorschriften 390

Veranschaulichung als Konkretisierungsform 109/10

Verbesonderung vgl. Spezifizierung

Verbundenheit, menschliche vgl. Menschliche Verbundenheit

Vereinszweck, Änderung des, Treu und Glauben und Mitglieder 269/70

Vereinzelung 110 ff.

– Ausscheiden als Konkretisierungsform für Prinzipien 121

– und Rechtsanwendung 73, 111

Verfügungen (von Behörden) 62/3, 217

Verhältnismässigkeitsgrundsatz 86, 86 Anm. 17, 219 Anm. 81

Verhandungsmaxime vgl. Zivilprozessrecht

Verjährungsfristen als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 319 Anm. 37, 383

Verkehr und Treu und Glauben

– Treu und Glauben im Behördenverkehr 280; vgl. auch Unrichtige (oder fehlerhafte) Auskünfte sowie Unrichtige (oder fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrungen

– Treu und Glauben im Geschäftsverkehr 181, 182, 279/80; vgl. auch Geschäftsverkehr

– Treu und Glauben im Verkehr 150 Anm. 25, 171, 181, 270, 271/72, 278 ff., 282/83

Verkehrsgeschäfte vgl. Geschäftsverkehr

Verkehrssitte

– bei Abschluss langfristiger Mietverträge mit hohem Basiszins 290/91

– und Treu und Glauben 182, 279/80, 290/91

Verlässlichkeit

– berechtigte vgl. Berechtigte Verlässlichkeit

– auf Bestand des Regelrechts und keine Regelbildung beim Rechtsmissbrauchsverbot 330/31, 381

Verschiedenheit von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot 171/72, 199,

238, 324/25, 333/34, 343/44, 347/48,

348/49, 349, 351/52, 351 Anm. 207,

362, 365, 383, 387, 387 Anm. 104, 394,

398, 398 Anm. 8, 399/400, 400 Anm. 16

Verschulden und Rechtsmissbrauch 185, 356; vgl. auch Haftpflichtrecht

Versicherungsvertragsrecht

– allgemeine Versicherungsbedingungen vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen

– Geltung von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot für das VVG 210/11, 211 Anm. 14

– und Sprachgebrauch 286/87

Vertragsprinzip 35/6, 212, 212 Anm. 26, 225

Vertragsrecht

– Allgemeine Geschäftsbedingungen vgl. dort

– Anzeigepflichten vgl. dort

– Ausdehnung von Treu und Glauben ins öffentliche Recht und 212/13

– Dauerschuldverhältnisse vgl. dort

– Entwicklung der bona fides im gemeinen Recht 150

– Formvorschriften vgl. dort

– gemischte Verträge 42 Anm. 99

– Gerichtsstandsklauseln vgl. dort

– germanisches und Treuegedanke 150

– Grundlagenirrtum vgl. Irrtum

– internationaler Eierhandel und Treu und Glauben 282/83

– Konventionalstrafe und Rechtsmissbrauch 375 Anm. 45

– pacta sunt servanda vgl. dort

– römisches und bona fides 148/49

– römisches und völkerrechtliche Verträge 228

– Treu und Glauben im römischen und germanischen 151

– vertraglich eingeräumtes Ermessen und Treu und Glauben 283

– Vertragsfreiheit und absolute Grenze der guten Sitten 256

– Vertragsfreiheit und kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz des Privatrechts 277, 277 Anm. 62

– Vertragsverhandlungen des bevormundeten Urteilsfähigen und Treu und Glauben 283/84, 287

– Vertragsverhandlungen und Unklarheitenregel 285, 285 Anm. 101

– Vertrauensprinzip vgl. dort

– Verzicht vgl. dort

Vertrauenselement in den Rechtsbeziehungen vgl. Grundgedanke von Treu und Glauben

Vertrauensprinzip 86/7, 151, 215, 225, 258, 274, 284, 290/91, 291/92, 292

Vertrauensschutz, Ablehnung und Unklarheit der Bezeichnung 259/60, 315 Anm. 19

Vertrauenstheorie vgl. Vertrauensprinzip

Verwaltungsrecht

– Geltung von Treu und Glauben im 217/18

Verwaltungsrecht (Fortsetzung)

- Leistungsverwaltung und rechtsmissbräuchliches Verhalten als Gesetzesumgehung 316
- Treu und Glauben im Behördenverkehr 280
- als vorgegeben 229 Anm. 141

Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 318/19, 372/73, 383/84

Verwirkungsfristen als Sachgruppe von Rechtsmissbrauchsfällen 383

Verzicht

- Annahme eines unter Beizug von Treu und Glauben 216, 284
- auf den Wohnsitzrichter vgl. Gerichtsstandsklauseln

Völkerrechtliche Verträge 228, 228 Anm. 133

Volksinitiative

- Prüfung einer im Lichte des Rechtsmissbrauchsverbots 319 Anm. 37
- Prüfung einer im Lichte von Treu und Glauben 218

Von Lehre und Rechtsprechung erarbeitete Prinzipien vgl. Restliche Prinzipien

Vorgegebene Prinzipien 32 ff.; vgl. auch Einteilung der Prinzipien nach dem Erkenntnisgrund

- Anknüpfungspunkt des Vorgegebenseins 33/4
- als axiomatische Prinzipien 34
- Begründungszusammenhang 35, 86, 88, 246
- Erkenntnis 85/6
- Folgerungen aus der Vorgegebenheit 34/5
- Rechtsmissbrauchsverbot als 323
- Treu und Glauben als 232
- Vorgegebenheit und Phänomenologie vgl. Phänomenologie
- Zeiträume ihrer Veränderung 41, 41 Anm. 96

Vorgegebenes vgl. auch Lebenserscheinungen

- Begrenzungen des Handelns in der menschlichen Verbundenheit als und Grundgedanke von Treu und Glauben 230 ff.
- dem Recht das zu Ord nende 228, 228 Anm. 136
- und Entfaltung auf das Wirkliche hin 108

Vorgegebenes (Fortsetzung)

- Grundgedanke von Treu und Glauben als 232
- und menschliche Verbundenheit vgl. dort
- Möglichkeit der Regelberichtigung als 322/23
- Rechtsmissbrauchsverbot in seiner Möglichkeit als 323
- Rechtsmissbrauchsverbot als und öffentliches Recht 323 Anm. 64
- Regelhaftigkeit rechtstechnisch als 322
- und Sachgruppenbildung hinsichtlich der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbots 382
- Tätigkeit in der menschlichen Verbundenheit als und Begriff der Rechtshandhabung 229/30
- Treu und Glauben als und seine Ausdehnung ins öffentliche Recht 233, 246
- zwingend oder wahlweise Vorgegebenes 54/5

Vorteile der Vereinigung von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 ZGB und der Plazierung von Art. 2 nach Art. 1 ZGB 349, 349 Anm. 196

W

Wasserrechtskonzession 213 Anm. 28, 288/89

Wertharmonie als Ziel des Systems 97

Wertneutrale Prinzipien 45; vgl. auch Einteilung der Prinzipien nach dem Grad ethischen Gehalts

- Faustpfandprinzip als 45
- Rechtsmissbrauchsverbot als 324/25
- Satz *lex specialis derogat legi generali* als 45
- Treu und Glauben nicht als 235/36

Wesensanschauung 53/4, 116/17, 122, 239, 322, 327, 330, 336, 341, 356 ff., 376 Anm. 49, 386; vgl. auch Phänomenologie

Willkürprüfung und Rechtsmissbrauchsverbot 316/17, 317 Anm. 28, 318

Wirkliches, Entfaltung im und zum als Konkretisierungsform 107 ff.

Wirtschaftsrechtsmissbrauch 384, 384 Anm. 94

Wortgruppe Treu und Glauben und historische Entwicklung von Treu und Glauben 156/57

Wortlaut

- und Auslegung vgl. dort
- des deutschen Randtitels zu Art. 2, 3 und 4 ZGB 264 Anm. 63
- französischer von Art. 2 Abs. 1 ZGB 241
- von APLR I 6 §§ 36/37 153
- von Art. 3 Abs. 2 Entwurf des Bundesrates von 1904 für ein ZGB 185
- von Art. 6 OR 290 Anm. 117
- von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR 280
- von Art. 66 OR 337
- von Art. 107 Abs. 1 und 2 SchKG 372 Anm. 26
- von Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB 247 Anm. 251
- von Art. 1 StGB 220 Anm. 86
- von Art. 1 Abs. 1 UWG 297 Anm. 136
- von Art. 644 Abs. 2 Vorentwurf zum ZGB von 1900 165
- von Art. 2 ZGB 141
- von Art. 3 Abs. 1 ZGB 253 Anm. 11
- von Art. 3 Abs. 2 ZGB 254 Anm. 17
- von Art. 7 ZGB 211 Anm. 15
- von Art. 8 ZGB 253 Anm. 11
- von Art. 74 ZGB 269 Anm. 17
- von Art. 120 Ziff. 4 ZGB 340 Anm. 151
- von Art. 153 Abs. 1 ZGB 376 Anm. 48
- von Art. 160 ZGB 378 Anm. 59
- von Art. 679 ZGB 363 Anm. 47
- von Art. 737 ZGB 275 Anm. 50
- von § 226 BGB 165 Anm. 37
- von § 242 BGB 87 Anm. 26
- von § 275 EG ZGB ZH 189 Anm. 83
- von §§ 618/19 Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1855 164
- von § 50 Abs. 1 ZPO ZH 215

Z

Zeugnisverweigerungsrecht vgl. Zivilprozessrecht

Zivilprozessrecht

- Begründungszusammenhang des Rechtsmissbrauchsverbots für das 351
- Bestimmung der Rechtserheblichkeit und Grenzen der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 380
- Beweisführungspflicht und Rechtsmissbrauch bei Rentenansprüchen des geschiedenen Ehegatten 377

Zivilprozessrecht (Fortsetzung)

- Beweisregeln von Art. 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 ZGB 253/54
- Dispositionsmaxime und Grenzen der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 380
- exceptio doli (generalis und specialis) 149, 149 Anm.en 19 und 20, 161/62, 162
- Geltung von Treu und Glauben im 215
- Gerichtsstandsklauseln vgl. dort
- materielle Rechtskraft und Verhalten wider Treu und Glauben im Prozess 220
- Maxime der richterlichen Rechtsanwendung für Rechtsmissbrauchsverbot 400
- Maxime der richterlichen Rechtsanwendung für Treu und Glauben 305
- Offizialmaxime im Scheidungsprozess 380 Anm. 70
- römisches und bona fides 148/49
- Substantiierungspflicht 90, 90 Anm. 46, 399, 399 Anm. 14
- Verhandlungsmaxime und Grenzen der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 380
- Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches und Treu und Glauben 182 Anm. 50, 283
- von den Parteien gezogene Grenzen der Individualisierung des Rechtsmissbrauchsverbots 380
- Zeugnisverweigerungsrecht und Treu und Glauben 227 Anm. 130

Zivilrecht vgl. Privatrecht

Zürcherisches Recht

- Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots für das 189 Anm. 83, 350/51, 351 Anm. 202
- Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots im Zivilprozessrecht des 351
- Geltung von Treu und Glauben für das 189 Anm. 83, 247/48
- Geltung von Treu und Glauben im Zivilprozessrecht des 215

Zurückhaltung bei der Verwendung des Rechtsmissbrauchsverbots 331/32, 365, 378, 379, 400/01

Zusammenleben

- menschliches als dem Recht vorgegeben 29, 50/1
- tatsächliches von Mann und Frau und der Rechtsmissbrauch 377 Anm. 51

Zusammenspiel der Prinzipien im System vgl. System des Rechts

Sachregister

Zweckwidrigkeit 269 Anm. 16, 336

– und Rechtsmissbrauch 336, 339/40,
343/44, 349 Anm. 195

Zwischenbilanzen 26, 48, 82/3, 100, 105,
120, 128, 131, 159, 168, 172, 198, 206,
249/50, 265/66, 299/300, 306, 310,
352–354, 366/67, 395/96, 401/02, 406

Lebenslauf

Am 9. August 1953 wurde ich in Zürich geboren. Nach sechs Jahren Primarschule in Zürich und Uitikon-Waldegg besuchte ich das Kantonale Gymnasium Freudenberg in Zürich. Dort schloss ich im Herbst 1972 die Maturität Typus A ab. Im Wintersemester 1972/73 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich bis Februar 1978 das Lizentiat ablegte. Seit Herbst 1979 absolviere ich ein Praktikum am Bezirksgericht Zürich. Während eines Urlaubs legte ich im Sommer 1980 die letzten juristischen Prüfungen an der Universität Zürich ab.

